



**UCAM**

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SAN ANTONIO

FACULTAD DE CIENCIAS, JURÍDICAS  
Y DE LA EMPRESA

Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa

“ La Reproducción Asistida en España : Controversias que  
genera. ”

**Autor:**

D<sup>a</sup>. Carmen María Oficial Soto

**Directores:**

Dra. D<sup>a</sup>. Gloria Tomás y Garrido

Dr. D. Alexis Cloquell Lozano

Murcia, Noviembre de 2015



## AGRADECIMIENTOS

Sería difícil terminar una tesis doctoral, sin darme cuenta las personas que han estado ahí y han hecho que sea posible. Algunas de las frases, palabras de la tesis, no me pertenecen, son palabras de otros doctores y padres de la doctrina jurídica, así como de mis profesores del Máster de Bioética, como los de la Sección Española del Pontificio Instituto Juan Pablo II.

Especialmente, mi agradecimiento a los profesores, Dr. D. Juan de Dios Larrú Ramos, Dra. D<sup>a</sup>. Concepción Medialdea Fernández, sin olvidarme del Dr. D. Justo Aznar que escuché, por primera vez, en el Congreso Nacional de Bioética, en mi ciudad natal Valencia, donde en su clausura de forma magistral, tras su intervención, me hizo pensar sobre los problemas éticos que suscitan, los llamados "niños de diseño". Desde ese momento, me quedé prendada de la importancia de la bioética dentro del derecho.

Sin darme cuenta, entendí la importancia que los juristas podemos aportar en esta materia, y al sugerirme la Dra. D<sup>a</sup>. Gloria Tomás y Garrido escoger un tema de mi interés para investigar en mi tesis doctoral, no lo dudé en trabajar en busca de la defensa de la vida, y de la familia.

Simplemente un trabajo así, no hubiera sido posible sin mi directora de tesis Dra. D<sup>a</sup>. Gloria Tomas y Garrido, por creer en mí y aceptarme como doctoranda de la Universidad Católica "San Antonio" de Murcia, bajo su atenta mirada y supervisión.

Ha compartido generosamente sus ideas, su tiempo, incluso ha realizado largos trayectos para poder conversar, discutir, orientar personalmente en el último tramo de la misma para que el trabajo fuera mejor.

No puedo más que decir gracias, por su trabajo, esfuerzo y por enseñarme tantas cosas personales y académicas. No puedo más que agradecerle haber compartido tantos momentos juntas, buenos, malos, regulares, felices, tristes, alegres, todos ellos necesarios para seguir trabajando, la paciencia comprensión, amor, y generosidad que me ha regalado, nunca lo podré olvidar.

Y como no, muchísimas gracias Dr. D. Alexis Cloquell Lozano pues casi sin conocerme, explicándote cual era la línea de investigación que había empezado con mi tesina del Master de Bioética, tuvo la idea clara que deseaba participar codirigiendo mi tesis doctoral, gracias por haber aportado su frescura, sus acertadas opiniones, y por aquellas discusiones que ayudaron a desarrollar de forma adecuada el final de la tesis, con sus anotaciones, explicaciones, con su buen hacer que su codirección ha sido ese complemento fundamental para que el trabajo fuera de calidad, sin su aportación hubiera sido imposible terminar el trabajo, de la forma que se ha presentado.

También en este trabajo ha estado presente las palabras del Santo Juan Pablo II, y de las palabras de Benedicto XVI tuvo aquí en mi Valencia natal, con relación a la importancia del *narciturus*.

No puedo terminar sin olvidarme de dos amigos el Dr. D. Pablo Cisneros Álvarez, por haber leído una y mil veces la tesis, orientándome en el estilo de la misma y D. Juan Andrés Talens Hernandis , que con su sencillez, amor a Dios, me contagió el deseo de conocer y estudiar a pensadores, filósofos y doctores de la talla de San Agustín, y de San Juan Pablo II que aportaron un conocimiento ético, sencillo y humano a este tema.

El camino ha sido muy fácil gracias a todos ellos, que han contribuido a que pudiera escribir tal como lo he hecho, sin embargo tengo que continuar agradeciendo su paciencia y respeto a las dos personas que siempre han estado ahí apoyándome en todas mis andaduras, mi hijo Carlos Montes, y mi esposo Carlos que siempre me ha alentado a luchar y trabajar, su paciencia, comprensión, su sacrificio, cuántas noches esperando que dejara de escribir, cuantas mañanas realizando mis tareas para que yo pudiera realizar mi sueño, sin darte cuenta fuiste mi inspiración, quien leía una y otra vez cada línea que escribía, cada dato que obtenía, gracias por estar siempre ahí en silencio, con una sonrisa animándome, sacando lo mejor de mí.

# ÍNDICE

Lista de abreviaturas

1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Orígenes de la investigación.....	1
1.2. La investigación sobre la Ley de Reproducción Asistida en España.....	5
1.3. Temática .....	9
1.4. Estructura.....	13
2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	15
2.1. Objetivos e hipótesis.....	15
2.1.1. Objetivos generales.....	15
2.1.2. Objetivos específicos.....	15
2.1.3. Hipótesis.....	16
2.2. Metodología .....	16
2.2.1. Revisión bibliográfica e interpretación de leyes , jurisprudencia.....	16
2.2.2. Metodología entrevistas a expertos cualificados.....	18
3. LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> .....	27
3.1. Los comienzos de la reproducción asistida humana.....	27
3.2. Fecundación <i>in vitro</i> .....	31
3.3. La reproducción <i>in vitro</i> .....	35
3.3.1. Concepto .....	35
3.4. Modalidades de reproducción asistida. ....	39
3.4.1. Riesgos .....	45

3.4.2. El síndrome de hiperestimulación ovárica.....	46
3.4.3. Gestación múltiple.....	49
3.5. A modo de conclusiones.....	57
<b>4.CUESTIONES ETICAS .....</b>	<b>61</b>
4.1 La legislación y sus límites.....	61
<b>5.LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RHA.....</b>	<b>75</b>
5.1. Ámbito legal básico.....	75
5.2. Análisis de la primera Ley en España sobre Reproducción Asistida Humana: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. .....	89
5.3. La 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. .....	109
5.4. La regulación actual legislativa en España de la Reproducción Asistida en España: Ley 14/2006 sobre la Reproducción Asistida Humana.....	113
5.5. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica .....	137
5.6. El Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. ....	145
5.7. Real Decreto ley 9/2014 de 4 de julio por el que se establece las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. ....	151
5.8. A modo de conclusión.....	155
<b>6. ESTUDIO ESPECIFICO SOBRE LA LEY VIGENTE DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA EN ESPAÑA</b>	

## 14/2006 Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA.....163

6.1. LA LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA EN ESPAÑA 14/2006 .....	163
6.1.1. Introducción.....	163
6.1.2. Origen.....	165
6.1.3. Estatuto jurídico del embrión.....	169
6.1.3.1. Antecedentes.....	169
6.1.3.2. Marco legal del estatuto jurídico del embrión.....	181
6.2. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA LEY 14/2006 DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA.....	189
6.2.1. ¿Cuándo comienza la vida humana? ¿Existe vida humana antes del día 14 de gestación? .....	190
6.2.2. ¿Se protege de forma similar o igual a la persona nacida del seno materno que a la nacida por reproducción asistida? .....	199
6.2.3. ¿Existe un derecho a la vida de los embriones supernumerarios? .....	202
6.2.4. ¿Cómo resuelve la legislación la filiación de personas nacidas mediante estas técnicas? .....	204
6.2.5. ¿Es suficiente que la ley indique la obligatoriedad del consentimiento del cónyuge para ser causa de separación o divorcio? .....	207
6.3. TRIBUNALES ESPAÑOLES : JURISPRUDENCIA..	209
6.3.1. El Tribunal Supremo de Justicia .....	209
6.3.1.1. Sentencia nº 2252/2001 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 29 de Noviembre de 2001 .....	209
6.3.1.2. Sentencia nº 835/ 2013 del TS, Sala de lo Civil del 06 de febrero de 2014 .....	214
6.3.2. Tribunal Constitucional Español.....	219

6.3.2.1. STC 212/1996 .....	236
6.3.2.2. STC 116/1999 .....	240
6.4 TRIBUNAL EUROPEO: JURISPRUDENCIA.....	249
6.4.1. Asunto C-34/10 .....	249
6.4.2. Asunto 65192/11 (Mennesson C/ Francia) y 65941/11 (Labasse C/ Francia).....	257
6.5. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	263
 7. ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD A EXPERTOS	
.....	275
7.1. INTRODUCCIÓN.....	275
7.2. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS A EXPERTOS	
.....	277
7.2.1. D. Joaquín Borrell García. Notario .....	277
7.2.2. D. Francisco Javier Gómez-Ferrer Senent. Abogado del Estado	
.....	281
7.2.3. D <sup>a</sup> . Beatriz Pina Pérez. Abogada en la actualidad, ex jueza de instancia e instrucción.....	284
7.2.4. D. Francisco José Codoñer Gómez-Ferrer. Filósofo y licenciado en Derecho.....	296
7.3. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	301
 8. CONCLUSIONES.....	309
8.1. CONCLUSIONES .....	309
 9. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES JURÍDICAS.....	321
9.1. BIBLIOGRAFÍA.....	321



9.2. WEBGRAFÍA.....	341
10. ANEXO.....	347
10.1. LEY 14/2006 SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA	
10.2 RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	



## LISTA DE ABREVIATURAS DE INTERÉS<sup>1</sup>

CC (Código Civil)  
CE (Constitución Española)  
CNRAH (Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana)  
CP (Código Penal)  
FIV (Fecundación *in vitro*)  
IA (Inseminación Artificial)  
IAC (Inseminación Artificial con el semen de la pareja)  
IAD (Inseminación Artificial con el semen del donante anónimo)  
LTRA (Ley de Técnicas de Reproducción Asistida)  
RHA (Reproducción Humana Asistida)  
RC (Registro Civil)  
RD (Real Decreto)  
SEF (Sociedad Española de Fertilidad)  
SHO (Síndrome de Hiperestimulación Ovárica)  
STC (Sentencia del Tribunal Constitucional)  
STS (Sentencia Tribunal Supremo)  
TC (Tribunal Constitucional)  
TRA (Técnicas de Reproducción Asistida)  
TS (Tribunal Supremo)

---

<sup>1</sup> Las abreviaturas se emplearán en el discurso de la presente investigación. Sin embargo, no cuando formen parte de una cita textual, en estos casos se respetará siempre el texto original.



### 1.1. ORÍGENES DE LA INVESTIGACIÓN

Desde que realicé un Master sobre la Ciencia del Matrimonio y la Familia, en mi ciudad natal Valencia, en el Instituto Juan Pablo II, comencé a profundizar en la importancia de la familia, dándome cuenta que la legislación de nuestro Ordenamiento Jurídico, cada vez las leyes que se van aprobando, basándose en la libertad de la voluntad, van destruyendo la familia, donde tener un hijo ya no es un don sino un derecho. Ello me llevó a matricularme en un nuevo Master, esta vez, después de ver los diferentes programas, seleccioné el Master de Bioética y Derecho de la Universidad Católica de Murcia, que giraba en torno a la dignidad de la persona humana, desde el punto de vista de los derechos humanos. Me quedé unos días en la Universidad Católica de Murcia en donde se habían colocado unos carteles en los que ponía "ONE OF US", en defensa de la vida y la dignidad humana. Me llamó la atención, me acerqué y un joven me dijo: uno de nosotros necesita de tu ayuda, estamos recogiendo firmas para que se reconozca que el embrión humano es uno de nosotros, con diferentes argumentos; ¿Puedes participar?

Empecé a pensar, desde el marco conceptual del derecho, qué legislación y jurisprudencia eran las actuales con relación a este tema, preguntándole a mi director de trabajo de fin de master de bioética, sobre ello. Él me dijo ya tienes tema de fin de Master: profundizar en la ley 14/2006, sobre las técnicas de reproducción humana asistida y, si te lo tomas en serio trabajando duro, puede ser una buena línea abierta para tu tesis doctoral.

En los últimos años ha existido un impulso en el ámbito científico-técnico, producto del inicio de la era postgenómica. Esto ha provocado un cambio significativo en la medicina general. Paralelamente, se han desarrollado técnicas instrumentales y quirúrgicas como son las Técnicas de Reproducción Asistida –en adelante TRA– que aparecen, en primer lugar, como solución de numerosos matrimonios y parejas que tienen problemas de fecundidad indicando que esa incapacidad produce sufrimiento psicológico, biológico y social que en ocasiones puede de forma errónea peligrar la supervivencia del matrimonio. De ahí que se

diga que estas nuevas técnicas se realizan con la intervención de dar servicio a la vida, cuestión que será adverdada durante el curso de la investigación.

Las técnicas de fecundación *in vitro* –en adelante FIV– se inician en 1937, con un artículo de autor desconocido titulado "Conception in a waterglass", publicado en el *New Medical Journal of Medicine*.<sup>1</sup> Años después, será Robert Edwards quien inicie experimentos con óvulos humanos, hasta que se obtiene en 1973 el éxito con el nacimiento de Louise Brown, en la ciudad de Manchester.

Todo ello ha creado la necesidad de elaborar diferentes normas legales que están relacionadas con las técnicas de reproducción asistida que se irá desgranando una a una a lo largo de esta investigación. La primera, en España, sobre la materia fue la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, donde se define la inseminación artificial –en adelante IA–, la FIV con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. Y se indica que estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, que podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos, sin utilizar la palabra embrión.

Tras realizar una revisión bibliográfica se confirma que existen estudios sobre las Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida,<sup>2</sup> dicha ley no se preocupa de que se fecunden más óvulos de los que

---

<sup>1</sup> [Autor desconocido], "Conception in a waterglass", en *New Medical Journal of Medicine*, 1937, 217, p. 678.

<sup>2</sup> Véanse, entre otros estudios, DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C., "El diagnostico en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida", en *DS: Derecho y Salud*, Vol. 11, nº 1, 2003, pp. 73-84; PALACIOS ALONSO, M., "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005", en PERIS RIERA, J. M. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. / MORILLAS CUEVAS, L. (coords.): *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al prof. Ferrando Mantocani*, Dykinson, España, 2005, pp. 33-68; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., "Comentario a la ley 35/1988", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 48, nº 130, 1991, pp. 235-255; RODRÍGUEZ CASTRO, J., "La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y registro civil", en *Actualidad civil*, nº 3, 1990, pp. 743-753 o GERMÁN ZURRIARÁIN, R.: "La

posteriormente se vayan a transferir a la mujer, ni tampoco fija el número de embriones. Ello crea que existan embriones sobrantes, con lo que se crean bancos de embriones congelados que, actualmente, no se sabe que hacer y son desechados, es decir, que la práctica habitual por no existir norma que lo prohíba explícitamente se ha convertido en un aborto de embriones. El Tribunal Constitucional –en adelante TC– tardó 10 años en pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad de la ley, y para más abundamiento cuando lo hace se limita a decir entre otras cosas:

[...] que la crioconsecución no solo resulta atentatoria contra la dignidad humana, sino por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los pre embriones ya existentes y evitar así la fecundación innecesarias.<sup>3</sup>

A la vista de las nuevas investigaciones, y las posibilidades terapéuticas que se están descubriendo con esta manipulación de los embriones, es obvio que se planteen nuevos conflictos. Es ahora cuando el TC debía haber argumentado sobre la constitucionalidad o no de la distinción que hace sobre embriones viables y no viables.

Parece inverosímil que por una parte el TC mantenga que la vida humana requiere de tutela y protección jurídica, desde la concepción, y que por otra parte admita que los embriones no válidos puedan ser desechados. Por lo que nos planteamos cuál es la tutela a la que se refiere la Constitución –en adelante CE–. En las sentencias donde resuelve el TC los recursos de inconstitucionalidad, nos parece que existe varias contradicciones pues solo acaba diciendo que la vida humana viable es merecedora de esa protección jurídica que antes se indicaba. Pues por una parte el TC no renuncia a sostener la doctrina, según el art. 15 CE, protege la vida humana desde la concepción, aunque el *nasciturus* no sea titular del derecho a la vida por no ser persona. El presente trabajo tiene una clara dimensión jurídica, e incluso, siendo más específico, pretende centrarse en un estricto ámbito de interpretación constitucional. Este planteamiento determina

---

progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la ley 35/1988 a las leyes 14 / 2006 y 14/2007", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 20, nº 69, pp. 155-182.

<sup>3</sup> STC 116/1999, citado en FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 142.

que los contenidos éticos, morales, científicos, que indudablemente van a ser tratados, se analizarán siempre teniendo en cuenta que el objetivo principal de este trabajo consiste en un ejercicio de interpretación de la Ley actual en España de la Reproducción Humana Asistida 14/2006, en la búsqueda de las garantías, protección y, en su caso, límites que la CE pueda establecer a la investigación.

La investigación médica y en general, la Biotecnología, es una rama científica que preocupa a la Medicina, a la Ética y al Derecho.

Desde el Derecho, se puede delimitar el campo de investigación, intentar dar una respuesta desde el Derecho Penal, desde el Derecho Civil, o desde el examen pormenorizado de las leyes especiales sobre la materia; en nuestro país, principalmente, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida 14/2006.

El hecho de que las técnicas de reproducción asistida generan preembriones supernumerarios, es decir, preembriones sobrantes que no van a ser, o no pueden ser implantados en el útero materno con fines reproductivos y los actuales avances científicos han provocado que se reformara esta ley dando la posibilidad de utilizar estos preembriones con fines científicos o de investigación. Es esencial para este trabajo el análisis de las sentencias del TC dictadas en los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a las leyes anteriores sobre esta materia.

La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida –en adelante LTRA– es una realidad en la que se ve reflejada la sociedad y el camino hacia el cual se va. Sin embargo, esto plantea un problema es muy complejo y, lógicamente, intervienen factores éticos, sociales, políticos, religiosos etc., que se va a ir viendo, poco a poco, durante nuestro trabajo de investigación.

Se debe seguir una línea clara de investigación de la legislación actual en vigor e intentar analizarla en profundidad, incluso ver si alguno de los puntos de la ley, pueda rozar la inconstitucionalidad, o poderlo manifestar abiertamente según vayamos obteniendo las conclusiones del trabajo. Para ello es necesario analizar la evolución que ha llevado la sociedad y que intenta ser refrendada a partir de una legislación que no da soluciones a los problemas emergentes debido a los cambios sociales. Debemos conocer qué efectos y consecuencias está teniendo la aplicación de dicha ley, sobre qué principios morales se sustenta y cómo se contrapone a otras leyes que defienden los derechos humanos como axioma fundamental de la sociedad.



## 1.2. LA INVESTIGACIONES SOBRE LA LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA EN ESPAÑA

La investigación sobre la Reproducción Asistida Humana –en adelante RAH– ha proliferado en los últimos años. La temática, de un claro cariz multidisciplinar, ha sido analizada desde vertientes muy diversas. Así, su estudio se ha llevado a cabo desde disciplinas como la Ética, la Bioética, la Medicina o las Ciencias Jurídicas, entre otras. Además de su carácter multidisciplinar, la legislación vigente sobre la RAH es muy diferente en cada uno de los países. Esto, evidentemente, hace que la bibliografía sobre la temática planteada en esta tesis doctoral sea muy extensa.

Si bien es cierto que el interés del estudio de la investigación reside en analizar la ley de RAH en España desde una perspectiva esencialmente jurídica y ver qué problemas éticos puede plantear su legislación, será necesario recurrir, en muchos casos, a trabajos de otros investigadores nacionales o extranjeros sobre leyes ajenas a la que está vigente en España. Generalmente, las apreciaciones de sus autores, las formas de analizar problemas éticos similares a los que puede plantear la ley española sobre la RAH, etc., son fundamentales para un enfoque global y amplio de la temática de este trabajo. Por tanto, este trabajo debe mucho a todos aquellos investigadores que analizaron en su día leyes similares a la que aquí se analiza en profundidad.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Como se ha comentado, la bibliografía existente es muy extensa, entre otros estudios, pueden consultarse los siguientes: AA. VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988; ALKORTA IDIÁQUEZ, I., "Nuevos límites del derecho a procrear", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, 2006, pp. 9-61; BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación", en *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37; BERCOVITZ RODRÍQUEZ-CANO, R., "Reproducción asistida *post mortem*", en *Aranzadi Civil*, 2001.2, pp. 2165-2167; COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", en *La Ley*, 2005, tomo I, pp. 1510-1523; DÍAZ MARTÍNEZ, A., "La

A pesar de ser muchos los especialistas que han abordado la temática de la RAH, desde las disciplina jurídica y la bioética, a continuación se mencionaran algunos estudios que han sido fundamentales para la realización de esta investigación.

Entre otros muchos, se podrían citar los destacados estudios de Jesús Ballesteros Llombart sobre la FIV.<sup>5</sup> Significativos son los análisis sobre la ley

---

doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 75-129; GARRIGA GORINA, M., "El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 167-228; LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2007; MAGALDI, N., *Derecho a saber, filiación biológica y Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2004; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en *El juez civil ante la investigación biomédica, Cuadernos de Derecho Judicial*, X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 249-302; NANCLARES VALLE, J., "Las técnicas de reproducción asistida en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006 n.14, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 n. 40", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2007, pp. 846-901; NANCLARES VALLE, J., "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, 2008, 1, pp. 2243-2270; NIETO ALONSO, A., "Reproducción asistida y anonimato de los progenitores", en *Aranzadi Civil*, 2004.3, pp. 2309-2336; PANTALEÓN PRIETO, F., "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", en *Homenaje a Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 641-670; PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002; QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *A.D.C.*, 1994, II, pp. 237-303 o RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico" (de la STC 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, 1, pp. 105-134.

<sup>5</sup> BALLESTEROS LLOMPART, J. (Coord.), *La humanidad in vitro. El estatuto jurídico del embrión*, Granada, Comares, 2004 y, dentro de esta obra su "Estatuto ontológico del embrión", pp. 225-241.

35/1998 de María Cruz Díaz de Terán Velasco.<sup>6</sup> Igualmente, es reseñable su libro sobre los problemas bioéticos y jurídicos de la selección de embriones *in vitro*.<sup>7</sup> Importante es el razonamiento que Luís Díez-Picazo Antonio Guillón Ballesteros hacen del derecho de familia y el de sucesiones.<sup>8</sup>

Muy destacada ha sido la labor investigadora de Roberto Germán Zurriarán. Sus estudios sobre la FIV, la desprotección jurídica del embrión, la dignidad humana desde la Bioética, la utilización ética del embrión para la investigación, la ética sobre la congelación del embrión o la legislación sobre la utilización en Europa de embriones congelados para la investigación, etc., sin duda, constituyen uno de los pilares fundamentales de la presente investigación.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C., "El diagnóstico en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida", en *DS: Derecho y Salud*, Vol. 11, nº 1, 2003, pp. 73-84 y "Aspectos biojurídicos del diagnóstico preimplantatorio (análisis desde la ley 35/88 de técnicas de reproducción asistida)", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 14, nº 50, 2003, pp. 111-121.

<sup>7</sup> DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C., *Hijos a la carta ¿Un derecho?: problemas bioéticos y jurídicos de la selección de embriones "in vitro"*, Berriozar, Navarra Gráfica, 2004.

<sup>8</sup> DIEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2006.

<sup>9</sup> Véanse entre otros estudios, GERMÁN ZURRIARÁN, R., "Un nuevo horizonte filosófico: ética y ciencia en la investigación biomédica con embriones humanos", en *Brocar, Cuadernos de investigación histórica*, nº 29, 2005, pp. 205- 222; *Los embriones humanos congelados: un desafío para la bioética*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007; "La dignidad del embrión humano congelado", en *Revista de medicina*, vol. 51, nº 1, 2007, pp. 30-32; "El utilitarismo ético en la investigación biomédica con embriones humanos", en *Persona y bioética*, vol. 12, nº 30, 2008, pp. 16-28; "La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: De la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2207", en *Cuadernos de Bioética* Vol. 20, nº 69. 2009, pp. 155-182; "Bioética: el progreso de la ciencia al servicio de la dignidad humana", en *Debate actual: revista de religión y vida pública*, nº 10, 2009, pp. 76-88; "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado", en *Cuadernos de bioética*, vol. 22, nº 75, 2011, pp. 201-214; *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012 y "Retos y carencias de

Habría que recordar también los imprescindibles estudios de Juan Ramón Lacadena Calero sobre la congelación de ovocitos humanos, la experimentación con embriones sobrantes, entre otros.<sup>10</sup> Se han de recordar también las investigaciones de José López Guzmán sobre el estatuto jurídico el embrión.<sup>11</sup> Natalia López Moratalla ha contribuido mucho a este trabajo con sus investigaciones, entre otros, sobre la RAH y los primeros días de vida del embrión.<sup>12</sup> Fundamentales son los estudios y el posicionamiento sobre la Ley de

---

la FIV ante los embriones congelados", en TOMÁS Y GARRIDO, G. M<sup>a</sup>. / FERRER COLOMER, M.: *Respuestas a la bioética contemporánea*, Murcia, Universidad Católica San Antonio de Murcia, 2012, pp. 47-76.

<sup>10</sup> LACADENA CALERO, J. R.: "Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas", en *Revista de derecho y genoma humana*, nº 12, 2000, pp. 191-212; "Congelación de ovocitos humanos en España. Un comentario al Real Decreto 120/2003", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 18, 2003, pp. 175-190; "La experimentación con embriones sobrantes en España: un comentario a la Ley 45/2003 sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Revista de derecho y genoma humana*, nº 20, 2004, pp. 177-194 y "La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 24, 2006, pp. 157-184.

<sup>11</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J., "El Estatuto biológico del embrión humano", en BALLESTEROS LLOMPART, J.: *La humanidad in vitro*, Gramada, Comares, 2004, pp. 174-192 o "El Estatuto biológico del embrión humano", en GERMÁN ZURRIARÁIN R. (Coord.), *Células madre: ciencia ética y derecho*, Ediciones internacionales Universitarias, Madrid, 2009.

<sup>12</sup> LÓPEZ MORATALLA, N. y MARTÍNEZ-PRIEGO, C., *La humanidad in vitro. Crítica y razón de una ideología*, Granada, Comares, 2002; "La realidad del embrión en los primeros quince días de vida", en *Persona y bioética*, vol. 8, nº 20-21, 2004, pp. 6-23; "FIV y deficiencias en las relaciones intergametos y en la relación inicial madre-hijo", en BALLESTEROS LLOMPART, J.: *La humanidad in vitro...*, pp. 129-156 o junto a SÁNCHEZ ABAD, P. J: "Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 20, nº 70, 2009, pp. 339-356.

RAH del investigador Ángel Fernando Pantaleón Prieto.<sup>13</sup> Los trabajos de Carlos María Romeo Casabona constituyen también una fuente fundamental para esta investigación.<sup>14</sup> Por último, habría que destacar las labores investigadoras de Angelo Serra<sup>15</sup> y Gloria María Tomás y Garrido<sup>16</sup> sobre temas muy relacionados con este trabajo.

### 1.3. TEMÁTICA

El interés por el tema de la tesis surge cuando se realizó un Master sobre la Ciencia del Matrimonio y la Familia en el Instituto Juan Pablo II. Desde ese momento se empezó a profundizar en la importancia de la familia y su legislación. Posteriormente, en otro Master de bioética y derecho de la Universidad Católica de Murcia en el que estaba matriculada, se ahondó en la dignidad de la persona humana desde el punto de vista de los derechos humanos.

---

<sup>13</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988, pp. 19-36; "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", en *Homenaje a Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 641-670 y "Técnicas de reproducción asistida y constitución", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993, pp. 129-160.

<sup>14</sup> ROMEO CASABONA, C. M. , *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación*, Granada, Comares, 2004; "El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 20, 2004, pp. 163-176; "Embrión", en A.A.V.V.: *10 palabras clave en nueva genética*, Verbo Divino, 2006, pp. 110-155 y "Bioética en la legislación comparada internacional y europea", en FLECHA ANDRÉS, J. R.: *Bioética en Europa y derechos de la persona*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca / Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos, 2010, pp. 223-246.

<sup>15</sup> SERRA, A., "Dignidad del embrión humano", en *Consejo Pontificio para la Familia, Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Madrid, Palabra, 2004, pp. 279-285

<sup>16</sup> TOMÁS Y GARRIDO, G. M. y POSTIGO E., *Bioética personalista: ciencia y Controversia*, Madrid, Eiunsa, 2007.

Fue el punto de partida para pensar, desde la disciplina del derecho, cuál era la legislación en torno al embrión y su protección. Esto, evidentemente, marcaría el camino para investigar en profundidad la ley 14/2006, sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

Para obtener un conocimiento en profundidad de la ley hay que realizar un análisis sobre los límites jurídicos y éticos sobre la fecundación, reproducción *in vitro*, estudiando las leyes de RHA, sobre todo centramos nuestro interés en la ley española actualmente vigente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo. El proyecto se inicia estudiando los conceptos básicos de qué es la FIV, y los problemas planteados. Para ello investigamos sobre la regulación actual de la Bioética humana, analizando los diferentes informes existentes como son el *Informe Warnock*, y el de la comisión de Benda, hasta llegar al *Informe Palacios*,<sup>17</sup> aprobado en el congreso en 1986, sin olvidar las recomendación europea 1048, de 1986. Se va a ir analizando de forma sistemática las diferentes sentencias del TC y jurisprudencia relacionada.

Desde el marco conceptual propio del Derecho se van a evaluar los defectos que contiene dicha ley actual por lo que conviene hacer una revisión sobre la legislación de RAH que ha habido en España desde la Ley Orgánica 9/1985 hasta la situación legal vigente.<sup>18</sup> Realizando un análisis comparativo de las leyes anteriores y de los recursos que se hayan presentado a las mismas para poder conocer cuál es la tendencia que siguen los cambios que se han venido produciendo los últimos años en la legislación española.

---

<sup>17</sup> El Informe Palacios es el resultado de los primeros esfuerzos por regular los avances científicos en el ámbito de la Biomedicina y de la Biotecnología. Su origen hay que situarlo cuando en el Congreso de los Diputados, del 2 de diciembre de 1984, se crea la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación *In Vitro* y de la Inseminación Artificial Humana. El informe resultante de esa comisión es el conocido como el Informe Palacios y constituye el antecedente de la aprobación, el 22 de noviembre de 1988, de la Ley por la que se regulan las Técnicas de Reproducción Asistida Humana.

<sup>18</sup> En este sentido, véase DEL RÍO Y PARDO, F.; "Algunas consideraciones sobre la discriminación de algunos supuestos de aborto, tras la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio", en A.A.V.V., *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 605-626.

El objeto general de este trabajo es identificar y analizar las reglas jurisprudenciales aplicadas y creadas en el control del TC hasta ahora, seleccionando las sentencias que han revisado la constitucionalidad de las Leyes relacionadas con el tema, como son la sentencia STC 53/1985<sup>19</sup>, STC 116/1999<sup>20</sup> y la STC 212/1996.<sup>21</sup>

Intentando determinar si existe una posible inconstitucionalidad de la Ley 14/2006. Si no se puede determinar la inconstitucionalidad total de la ley se

---

<sup>19</sup> Sobre esta sentencia, véase especialmente DÍAZ PINTOS, G., "La concepción "totémica" del "nasciturus" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 53/1985, de 11 de abril", en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 185-212; LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Evolución legislativa posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril)", en *Humana lura: suplemento de derechos humanos*, nº 3, 1993, pp. 79-90; LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Evolución legislativa posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril)", en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 5, nº 17-18, 1994, pp. 31-37; LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "La estimación jurídica en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril)", en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 5, nº 17-18, 1994, pp. 38-48 y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., "STC 53/1985, de 11 de abril: Interrupción voluntaria del embarazo. Derecho a la vida", en DOREGO DE CARLOS, A. / MARTÍ MINGARRO, L. (coords.), *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, España, 2007, pp. 65-72.

<sup>20</sup> Véase REQUERO IBÁÑEZ, J. L., "Derecho a la vida y vida "preembrionaria": STC 116/1999, de 17 de junio", en *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 213-228.

<sup>21</sup> Véase BELLVER CAPELLA, V., "El estatuto jurídico del embrión y el feto no viables: a propósito de la STC 212/1996 de 19 de diciembre", en *Humana Lura: Suplemento de Derechos Humanos*, nº 7, 1997, pp. 319-331 y "Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos (STC 212/1996)", en *Actualidad Administrativa*, nº 20, 1997, pp. 1317-1323.

planteará qué partes de la ley pueden ser objeto de la misma. Para ello se va a tomar de referencia los recursos de inconstitucionalidad planteados hasta este momento, y perfilar nuevos recursos de inconstitucionalidad siempre teniendo como partida la dignidad humana y su naturaleza como persona.

Por tanto este trabajo se engloba dentro del campo de la abogacía y la práctica jurídica. Lo primero que hay que estudiar son las leyes y su aplicación. La evolución que ha tenido este tipo de leyes a lo largo de los años hasta llegar a la ley actual que es la que nos ocupa y el objeto principal del estudio.

También se engloba dentro del ámbito de la Bioética y la Biotecnología, ámbitos que hoy en día tienen una relevancia primordial. Son dos campos que han tenido una importante evolución en los últimos años y requieren análisis completos sobre el reflejo que están teniendo en el ambiente legislativo y en la sociedad en general.

La Bioética se encarga de plantear unos parámetros adecuados en todos los temas relacionados con la vida. Aunque a veces se ponen limitaciones al campo médico, la Bioética tiene relación con todas las disciplinas que afectan a la vida. En el caso de hacer leyes como la que nos ocupa, se debe considerar cuáles son los principios bioéticos y legislar con la pretensión de no vulnerarlos. Por tanto, una parte del trabajo supone analizar bibliografía sobre Bioética en relación con la reproducción asistida. No se pueden hacer leyes en contra de principios éticos que defienden la vida. La vida humana es el principio invulnerable sobre el que construir la sociedad. Es la Bioética la ciencia que muestra el camino adecuado y, por tanto, no se pueden aceptar leyes que atenten de manera directa y frontal contra dicha ciencia.

El tema que nos ocupa tiene que ver con la moderna ingeniería genética que aparece en la década de los ochenta. La existencia de estos campos no es mala, de hecho se consiguen avances importantes que mejoran la vida humana tanto en calidad como en duración. Pero los avances dentro de estos campos tienen que estar limitados. El hecho de que tecnológica o artificialmente se pueda experimentar y probar nuevos métodos no justifica ir en contra de la vida humana o perjudicar la naturaleza. La tecnología debe caminar de manera acorde a lo que marca la Bioética como forma adecuada de afrontar estas situaciones. Por lo tanto, a la hora de realizar el estudio sobre la legislación vigente se debe tener



en cuenta ambos campos, y ver si existen alternativas válidas que permitan el avance de la ciencia sin contraponerse a la vida humana.

Con esta tesis se pretende ahondar en si la Ley 14/2006 de 26 de marzo sobre Técnicas de Reproducción Asistida cumple o no los requisitos constitucionales. Par ello nos plantearemos si toda o parte de ella puede ser inconstitucional, o simplemente es la más adecuada para este momento social y cultural, o si tiene aspectos que son opuestos a la Bioética y por tanto a la protección de la vida humana. Durante el desarrollo de la tesis se irán analizando las publicaciones científicas sobre misma.

#### 1.4. ESTRUCTURA

La estructura que se ha seguido en esta investigación ha tenido como principal fin el exponer, de forma lo más coherente posible, los bloques temáticos y sus capítulos con la intención de que, conforme fuera avanzando el discurso, se pudieran abordar mejor los objetivos planteados en el principio de la investigación así como facilitar el camino para obtener las conclusiones.

Tras la introducción, en la que se han abordado los orígenes de la investigación, el estado de la cuestión sobre los trabajos publicados del tema planteado para este estudio o el porqué de la temática elegida, se presentará un capítulo que fijará los objetivos que se pretenden lograr con esta investigación así como la metodología que se ha marcado para conseguirlos.

El bloque temático 3 versará sobre la FIV. En este bloque analizarán los antecedentes de la FIV. Se hará una lectura de la fecundación *in vitro* a lo largo de su historia. Después de esta presentación, se analizará la fecundación y reproducción *in vitro*. Tras éste, se han abordado las modalidades de reproducción artificial, los riesgos que conlleva, el síndrome de hiperestimulación ovárica –en adelante SHO– o la gestión múltiple. Para una puesta en valor de su realidad, se ha hecho necesaria la inclusión de unas tablas y estadísticas oficiales de la Sociedad Española de Fertilidad –en adelante SEF– en España sobre las complicaciones de cualquier TRA que requieren ingreso hospitalario, las complicaciones de la Inseminación artificial con el semen de la pareja –en

adelante IAC– + la Inseminación artificial con el semen del donante anónimo –en adelante IAD–, la gestación múltiple en función de IA y la gestación múltiple en función de la edad.

El bloque temático 4 ahonda en las tres leyes que se han aprobado en España sobre la Reproducción Asistida Humana así como la ley de investigación biomédica –Ley 14/2007, de 3 de julio–, el Real Decreto 42/2010 –en adelante RD–, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana –en adelante CNRAH– y el RD Ley 9/2014 que se establece las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

El bloque temático 5 constituye uno de los ejes principales de esta investigación. En él se analiza la ley vigente de RAH en España 14/2006 así como los posibles problemas éticos y jurídicos que puede plantear. Se inicia el bloque con un primer capítulo en el que se expone la ley, su origen así como el estatuto jurídico del embrión, ahondando en los antecedentes y el marco legal. El capítulo segundo, continuador del anterior, analiza los problemas éticos y jurídicos que se plantean con la citada ley. Aquí se responderán a muchas preguntas que constituyen, por sí mismas, parte de la base esencial de la investigación. El tercer capítulo del bloque presenta y desgrana jurídicamente diferentes sentencias españolas dictadas por el Tribunal Superior de Justicia –en adelante TSJ– y el TC. Igualmente, se abordarán, de una manera tangencial, sentencias del tribunal europeo.

En el bloque temático 6 recoge en análisis de las entrevistas realizadas en profundidad a personalidades de un reconocido prestigio profesional así como a expertos en la temática de la presente investigación.

Por otra parte, el bloque temático 7 cerrará la investigación y en él se recogerán las conclusiones que se han ido extrayendo durante la realización de este trabajo. En este último apartado, se aportarán nuevas propuestas que esperan generar futuras líneas de investigación que posibiliten otros interrogantes, debates o análisis sobre la temática planteada.

## 2.1. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

### 2.1.1. OBJETIVOS GENERALES

Los objetivos generales buscados por la presente investigación son:

- Hacer un recorrido por la legislación más relevante sobre esta materia.
- Identificar y analizar las reglas jurisprudenciales aplicadas y creadas en el control del TC.
- Señalar los problemas éticos y jurídicos que plantea la ley, y encontrar respuestas para ello.
- Conocer las opiniones que tienen los expertos y las personas de un reconocido prestigio profesional sobre el empleo de la TRA.

Son, por tanto, muchos los objetivos que se buscarán conseguir con esta investigación.

### 2.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos de la investigación son:

- Describir la situación Constitucional actual, y analizar las resoluciones de nuestros altos Tribunales, incluido el Tribunal Europeo, para ver el grado de posibilidad si esta Ley 14/2006 sobre la RHA, puede tener algún artículo o todos indicios de inconstitucionalidad.
- Determinar si la ley sobre la reproducción asistida vigentes desde la bioética y el derecho cumple con el requisito de la protección y de la dignidad de la persona.
- Evidenciar si esta ley cumple con la valoración ética esperada desde nuestra hipótesis inicial.

Sin embargo, estos objetivos no podrán empañar la finalidad principal de este trabajo, donde pretendemos demostrar, partiendo de la hipótesis inicial, la

posibilidad de la existencia de evidentes contradicciones en el texto legislativo y la propuesta de posibles alternativas transitorias de soluciones, si fuera posible.

La motivación para efectuar este trabajo, y al margen de una exigencia personal de respeto efectivo al Sistema legislativo Español, y su CE, es conocer si se respeta la CE y, sobre todo, si se protege la dignidad de la persona.

La línea de investigación que se va a seguir es el cumplimiento de la defensa de la vida humana, por nuestro ordenamiento jurídico en esta materia.

### 2.1.3. HIPÓTESIS

Cabe indicar, ante todo, que además de una hipótesis central sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley total o en parte, se plantean otras conexas con ella, entre otras, cabría citar:

- si tener un hijo es un derecho o un don;
- si es ético desechar los embriones.
- si es ético hablar de embriones sobrantes;
- si realmente con las técnicas de RHA se cura la esterilidad;
- si por ser legal tener hijos mediante estos métodos no existe peligro ni para la madre ni el niño;
- si la vida comienza en el mismo momento de la concepción, o posteriormente.

## 2.2. METODOLOGÍA

### 2.2.1 .REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA E INTERPRETACIÓN DE LEYES,JURISPRUDENCIA.

La metodología utilizada se basa en la revisión de fuentes secundarias, es decir análisis de la legislación y de la literatura especializada, y en un trabajo de

campo donde se han empleado entrevistas en profundidad a expertos o informantes clave con la finalidad de combinar los resultados en el proceso de investigación. Por tanto, esta investigación privilegia tanto la dimensión metodológica descriptiva como la analítica-interpretativa.

La metodología de la investigación jurídica, siempre debe basarse en la búsqueda de las fuentes formales y materias de Derecho, tal y como se ha realizado utilizando la diversidad de métodos: analítico, sintético, deductivo, inductivo, comparativo, dialéctico, histórico, sistemático, exegético, de observación, estadístico, intuitivo. Por otra parte, la investigación empírica es escasa y se ha centrado en estudios sobre la eficacia de la norma o percepción acerca de ésta. Es cierto que en nuestro sistema jurídico prevalece más esta forma de artesanía intelectual, pero no es menos cierto que nuestra cultura jurídica también requiere mayor pluralidad en el proceso de la investigación en el Derecho. Por lo tanto, si bien se han preferido históricamente la utilización de metodologías de la investigación documental para las tesis doctorales en derecho, actualmente, esta tendencia está cambiando con la combinación de métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos documentales y empíricos.

En la investigación se ha realizado una revisión y un análisis comparado de la ley española respecto al ámbito de la RHA pues la cuestión de la procreación artificial constituye uno de los mayores desafíos que enfrenta al legislador, y a la jurisprudencia. Se presenta, pues, el tema de la transmisión de la vida humana y la dignidad de la vida humana naciente a la cual también habrá que tutelar como persona. Para ello, en la presente investigación, se trabaja la revisión bibliográfica y el análisis de contenido porque se quiere analizar y comprender una realidad específica, a través del análisis jurisprudencial creado-aplicado en las sentencias que revisan el procedimiento legislativo. Para lograr este fin, será necesaria una lectura crítica sobre las leyes y una descripción de las reglas de constitucionalidad.

La investigación partirá del análisis y descripción de la ley para hacer una aproximación íntegra de explorarla, describirla y comprenderla de manera inductiva. Precisamente, con la revisión bibliográfica y el análisis de contenido se busca ante todo entender el contexto jurídico desde la posición epistemológica del constructivismo, y la complejidad; con la perspectiva investigador(a), desde lo que recoge de los procesos de análisis y sistematización. El tipo de estudio que se

va a utilizar es el analítico, el cual permite comprender e interpretar la realidad jurídica en la cual se identifican las reglas jurisprudenciales mediante la observación y el análisis de sentencias, y el documental. El esquema metodológico se basa, de este modo, en un doble esquema metodológico en el que se realizará, por una parte, un análisis de los contenidos –sentencias, revisión bibliográfica, etc.– y, por otro, la vertiente cualitativa en la cual se hará un análisis en profundidad de las entrevistas realizadas a expertos. Herramienta esencial para el análisis de datos cualitativos será el atlas.ti. Los datos cualitativos pueden provenir de diversas fuentes de acuerdo a su naturaleza. El análisis de éstos ha constituido una tarea compleja y, en algunos casos, caracterizada por cierta arbitrariedad por parte del investigador. El surgimiento de programas de este tipo –Software para el análisis de datos cualitativos asistidos por ordenador–, ha contribuido a la sistematicidad en el análisis de los datos cualitativos mediante el estudio de múltiples ópticas que contribuyen a la mejor explotación de los mismos para los fines de una investigación.

#### 2.2.2. METODOLOGIA ENTREVISTAS A EXPERTOS CUALIFICADOS.

Llegado a este punto, es necesario indicar la metodología seguida en las entrevistas a los expertos..

Los objetivos de las entrevistas no son otros que la de recabar información sobre hechos objetivos y subjetivos sobre la temática planteada en esta investigación. Antes de comenzar la entrevista, se tenía que tener claro qué objetivos se perseguían con la misma, prepararla de tal forma que pudiera ahorrar tiempo a los entrevistados y, sobre todo, que el lugar fuera dentro de su entorno, con la finalidad de poder llevar a cabo la entrevista de manera transparente y cercana, facilitando de este modo la respuesta y su confidencialidad.

Sin embargo, tenían que entender que en los 50 minutos que se les solicitaba debían estar tranquilos, sin móviles, ni interrupciones externas, para que el entrevistado estuviera relajado y el ambiente pudiera ayudarle a expresarse franca y abiertamente.

En esta línea, entre las modalidades o tipo de entrevista disponibles, se escogió la entrevista abierta o no estructurada. Las entrevistas en profundidad a expertos, es una técnica muy utilizada en investigación cualitativa, que nos va a

permitir obtener una información detallada, de las interconexiones de diferentes profesionales del mundo jurídico, es decir, no es otra cosa que una técnica para obtener una información mediante una conversación profesional. Se es consciente del valor de esta herramienta de participación pública y de la necesidad de su utilización en esta investigación.

La metodología seguida para la selección de los entrevistados pretende que se extraiga de su propia experiencia y opinión profesional las cuestiones vinculadas con la ley de RHA y, para ello, se seleccionó, inicialmente, a varias personas que pudieran aportar puntos y enfoques diferentes desde su propio conocimiento y aplicación de la ley.

En un primer momento, se optó por diez personas muy cualificadas, a quienes se visitó personalmente en diferentes ocasiones. La primera de ellas, para explicarles que la entrevista no iba a ser estructurada, sino flexible y abierta, donde ellos, desde su *praxis* profesional pudieran ilustrar de forma libre y espontánea, después de haber meditado en profundidad la lectura de la ley, los problemas que se les habían suscitado en el ejercicio de sus diferentes profesiones, debido a que cada uno de ellos tiene una actividad profesional distinta, notario, abogado del estado, jueces y abogados de reconocido prestigio, catedráticos de derecho.

Después, y tras el envío de diferentes correos, llamadas telefónicas o hablar personalmente con los diez profesionales, entendimos que algunos de los jueces y de los catedráticos de derecho preseleccionados no conocían en profundidad la ley, por no ser una materia que habitualmente manejaran, y, por lo tanto, poco podían aportar a nuestro trabajo científico.

De este modo, había que ser más estrictos en la elección de los entrevistados y contar con expertos que sí conocían la ley y que pudieran aportar su experiencia profesional y personal a nuestro trabajo empírico. En este caso, la muestra quedó compuesta por un total de cuatro informantes clave o expertos: un Abogado del Estado, un Notario, una Abogada con gran experiencia en asuntos judiciales, por haber trabajado también como juez.. Todos ellos, han formado parte de la carrera judicial, donde han conocido la aplicación de la ley, objeto del estudio científico de este doctorado. También entrevistamos a un experto licenciado en Filosofía y en Derecho, de reconocido prestigio dando un prisma diferente a sus respuestas.

Antes de iniciar la entrevista, se les informó de los motivos por qué habían sido seleccionados y de los objetivos de la misma. En este sentido se les dio total libertad a sus respuestas, centrándonos en aquellos aspectos relacionados con su trabajo diario, además de su posible opinión personal, si deseaban aportarla. Evidentemente, se ha intentado no influir en sus repuestas debido a nuestra implicación profesional también como abogada, y conocer, después de tres años de investigación, esta ley.

Conforme avanzaba la investigación, la metodología a seguir en las entrevistas fue adaptándose al proceso y a los entrevistados. En un primer momento, se iban a realizar las mismas preguntas a todos. Sin embargo, debido al interés que suscita poder conocer cómo afecta esta ley al notariado, la judicatura, al abogado del estado o al abogado que diariamente se enfrenta con la interpretación y aplicación de la ley, se decidió que la entrevista debía ser flexible y con planteamientos diferentes según la actividad profesional de los entrevistados.

Para el diseño de las entrevistas, y atendiendo a los objetivos de la investigación, se elaboró un guión de la entrevista con el contenido básico, los aspectos más relevantes a tratar y las posibles preguntas a formular a los informantes, de forma abierta y sin un orden predeterminado para que libremente pudieran expresarse.

Realizamos un guión con dos bloques de temas coincidiendo con los dos puntos centrales de nuestra investigación. El primero atendía a preguntas sobre los aspectos jurídicos, éticos y prácticos y de la FIV y el segundo recoge ya de forma más evidente los aspectos jurídicos de la ley. Pero no se les presentó las preguntas ni las opciones de respuestas, sino un esquema flexible a la hora de formular preguntas en función íbamos recogiendo información.

Se siguió la pauta de ir de lo más general a lo más concreto, conocido como la técnica lanzadera-embudo, y teniendo en cuenta que el tiempo de la misma no debía ser más de 50 minutos, y, sobre todo, que se tenía que realizar en el lugar de trabajo de los entrevistados. Mediante esta metodología de trabajo se buscaba que el entrevistado tuviese la posibilidad de poder dedicarnos el tiempo de forma motivada y con una actitud positiva, evitando, en todo momento, preguntas directas y, sobre todo, posibles respuestas inducidas por la entrevistadora.



El estilo abierto de la metodología ha permitido obtener un enfoque diferente de cada entrevistado, proporcionando la oportunidad de que cada uno de ellos fuera espontáneo y sus respuestas personales; eligiendo qué tema consideraban de su interés dentro de nuestro esquema propuesto. El único problema con el que se ha topado es con el factor tiempo y el poder compaginar las agendas a la hora de llevar a cabo las entrevistas.

No por ello se dejó de realizar un guión con los temas que se podrían tratar, dividiendo las preguntas en dos bloques correspondiendo a los dos bloques principales objeto de estudio. Son los siguientes:

**BLOQUE 1: ASPECTOS JURÍDICOS, ÉTICOS Y PRÁCTICOS DE LA FIV.**

1. ¿Conoce algún proceso judicial donde se haya reclamado mala *praxis* médica llevada a cabo con una TRA en la que haya existido riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer y la posible descendencia?
2. ¿Un hijo nacido desde las TRA tiene los mismos derechos jurídicos que un hijo nacido por el procedimiento natural?
3. Desde el punto de vista jurídico, ¿Es correcto que un marido, ya difunto, pueda ser padre hasta 12 meses después de haber fallecido mediante las TRA? ¿ Cree que ello puede generar problemas jurídicos al hijo?
4. ¿El destinar los preembriones crioconservados a la investigación afecta al derecho a la vida?
5. Desde el punto de vista jurídico, ¿Se vulnera alguna legislación al aplicar las técnicas terapéuticas en el embrión?
6. ¿Cómo calificaría la actividad de la CNRAH?
7. ¿Cree que desechar embriones, sin darles una finalidad adecuada, puede ser sancionado penalmente, o solo sería una sanción administrativa?
8. Con esta técnica, ¿Cree que se consigue curar la esterilidad?

**BLOQUE 2: ASPECTOS JURÍDICOS DE LA LTRA 14/2006**

1. ¿La Ley de RHA 14/2006 respeta lo estipulado en los compromisos internacionales firmados por España?
2. ¿La protección jurídica del embrión en España es la adecuada?

3. ¿La legislación sobre la protección del embrión es más coherente en otros países cercanos culturalmente a España?
4. ¿El ciudadano tiene la información y asesoramiento necesarios sobre la Ley de RHA 14/2006?
5. En el artículo 3 punto 5 de la Ley de RHA 14/2006 se dice expresamente que "la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse". ¿Qué sucedería si el arrepentimiento es posterior a la transferencia embrionaria? ¿Cómo se tiene que interpretar dicha situación desde el punto de vista jurídico?
6. ¿Es ético que el donante y el receptor tengan como intermediario un centro autorizado y que prevalezca el anonimato del donante, habrá problemas legales de afiliación?
7. ¿Jurídicamente, está acorde con la legislación actual la protección que se da en la Ley de RHA 14/2006 a los preembriones crioconservados? ¿Entra en contradicción con alguna disposición legal?
8. ¿Desde el punto de vista jurídico, la LTRA española respeta el derecho a la vida?
9. ¿Tal como indica el Artículo 11.4, d, puede haber indicios jurídicos penales al desechar los embriones? ¿Esta actividad incurría en alguna contradicción jurídica?
10. La ley permite investigar con preembriones hasta cumplir los 14 días después de la fecundación del ovocito. ¿Se vulnera algún derecho con esta práctica?
11. ¿Jurídicamente, hay que hacer alguna modificación a Ley de RHA 14/2006 para que sea más coherente con otras leyes actuales?

Sin embargo, estas preguntas tan solo eran una muestra que contenían los temas y subtemas que se habían tratado en la investigación, y que ellos debían conocer, pero que no se les proporcionaba, ni se les sugería que las contestaran una por una, sino que de esta forma conocieran el interés y los puntos que

podrían tratar así como los debates éticos y jurídicos que ha suscitado la LTRA 14/2006.

No obstante, cabe matizar que no hemos seguido un guión de preguntas fijas, sino que de manera flexible a través de la conversación-narración, no estructurada cuyo objetivo es considerar que el entrevistado aporte una riqueza para esta tesis doctoral, dándose la oportunidad de clarificar algunas cuestiones que han ido surgiendo en esta investigación, se ha recogido la información. En este sentido, el enfoque personalizado de cada entrevistado ha sido muy eficaz para poder dejar una puerta abierta para orientar y poder seguir otras líneas de investigación.

De cada una de las entrevistas, se ha realizado una ficha resumiendo los datos del entrevistado y abordando los aspectos fundamentales de este trabajo empírico (ver anexo).

Una vez obtenida la información de las entrevistas, ésta se va a ordenar y analizar teniendo en cuenta los dos bloques esenciales que claramente se establecen en nuestra investigación. En definitiva, la información se analizará, de forma sistemática, atendiendo a la naturaleza del discurso con la finalidad de contestar a los objetivos que nos propusimos en esta investigación.

Las notas definitorias que guían nuestro análisis de contenido fueron las siguientes:

- a) Objetividad.
- b) Sistemática.
- c) Análisis del contenido manifestado.
- d) Conclusiones.

FIG. 1. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN, RECOGIDA DE DATOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.

A continuación, se exponen en las gráficas el esquema de la metodología y las técnicas de investigación seguidas en el tratamiento de los datos de las entrevistas realizadas.

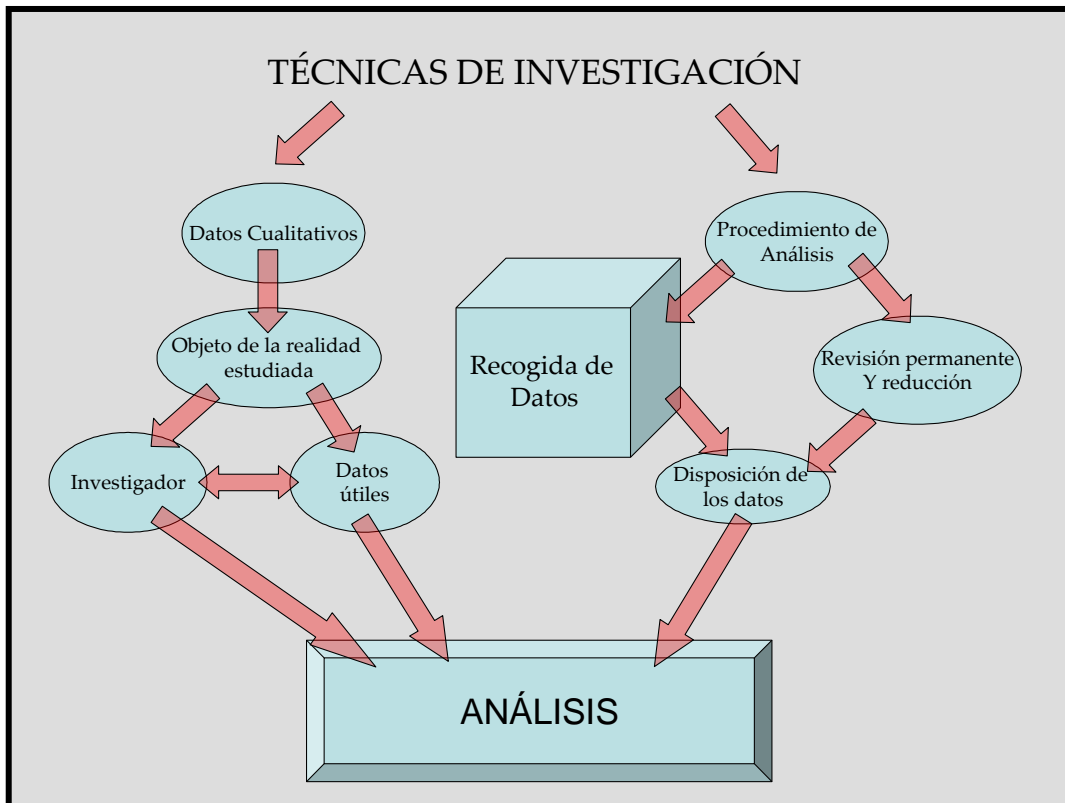
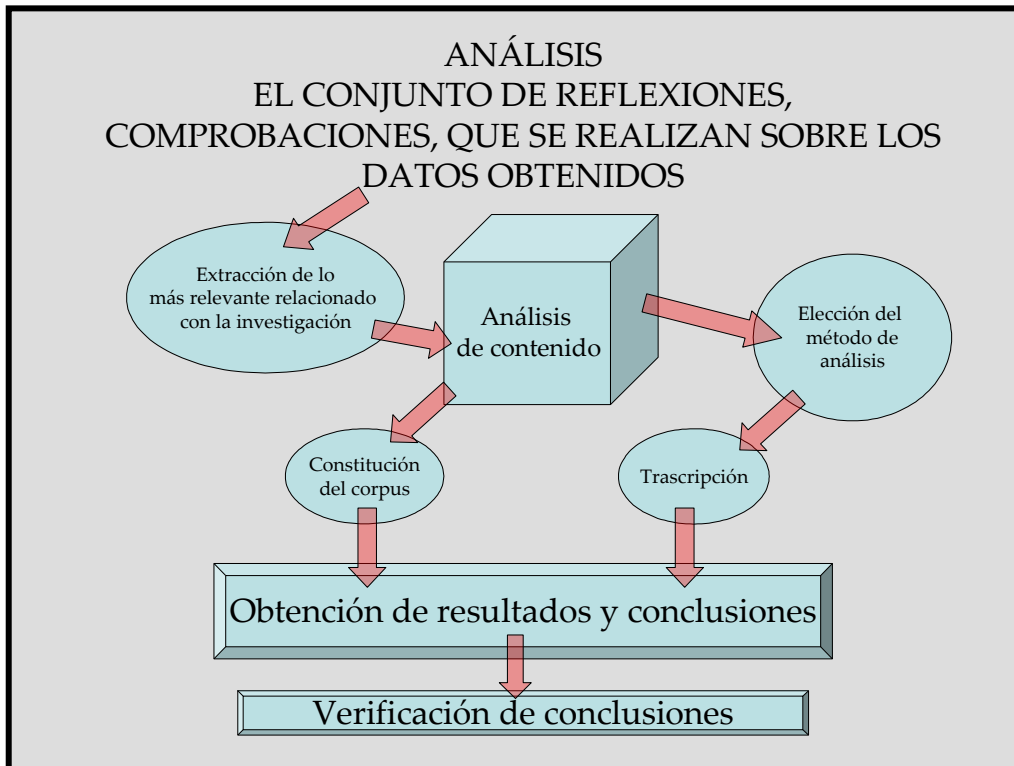


FIG. 2. PROCESO DE REFLEXIONES Y COMPROBACIONES DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS.





### 3.1. LOS COMIENZOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

La necesidad de regular la legislación de la RAH en los diferentes países surge debido a la idea desde hace ya muchos años, que el nacimiento de un hijo era el deseo e incluso el mandato social de todas las sociedades del mundo. Así, la infertilidad es el peor diagnóstico pues crea frustración, siendo la única solución la adopción.

En concreto desde que se realizó el primer embarazo con ayuda externa en 1776 en Londres, por el cirujano John Hunter, que tomó con una jeringa el semen de un hombre con hipospadia –deformación del pene que hace que al momento de la eyaculación el semen caiga fuera de la vagina– y lo depositó en la vagina de su esposa, obteniendo un embarazo. Diferentes científicos comienzan a estudiar estas técnicas. Así, en 1779, el científico italiano Lázaro Spallanzani, realizó la primera inseminación artificial exitosa en mamíferos.

En 1785, Thouret, decano de la Escuela de Medicina de París, logró fecundar a su estéril mujer con la ayuda de una inyección intravaginal para introducirle su propio semen.<sup>1</sup>

En 1868, el ginecólogo estadounidense James Marion Sims (1813-1883) publicó su libro *The Microscope as an Aid in The Diagnosis and Treatment of Sterility*, en el que defiende el papel fundamental que desempeña el examen microscópico de la calidad espermática para entender la infertilidad, donde incluyó un capítulo sobre la fecundación artificial. Allí describe la supervivencia de los espermatozoides en el moco cervical y vaginal y algunas técnicas muy primitivas para mejorar la acción del semen como fecundante.

En 1890, Walter Heape de la Universidad de Cambridge transfirió exitosamente embriones de conejo: recuperó dos embriones al lavar las trompas de una coneja de raza belga fecundada horas antes y luego los transfirió a las

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. / MASSIGOGUE BENEGIU, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 16.

trompas de una coneja mestiza. De estos embriones nacieron seis conejos absolutamente normales, y algo que hoy parece lógico, en aquel momento despertó el interés en todo el mundo.

Otras publicaciones que suman importancia son los que investigan la ovulación. En este punto, Ogino y Knaus en 1933 demostraron la relación entre el ciclo femenino normal y la ovulación, de donde surgen, aparte de los conocimientos del momento exacto de ovulación, el método calendario de anticoncepción según las fechas del ciclo.

Los estudios se fueron sucediendo en un sinfín de avances que llevaron a que en 1969, Robert G. Edgard, biólogo inglés, corroborará la fecundación de ovocitos *in vitro* que no pudieron ser transferidos.

Fue en 1978 cuando Patrick Steptoe –ginecólogo inglés del Hospital Distrital de Oldham, Lancashire, al norte de Inlaterra, que introdujo la laparoscopia en ese país– y Robert G. Edwards –embriólogo y genetista del laboratorio de fisiología de la Universidad de Cambridge– quienes, después de numerosos fracasos y estudios, consiguieron el nacimiento de la primera niña nacida a través de la medicina reproductiva. La madre Leslei de 29 años de edad, sufría un bloqueo de las trompas de Falopio que le impedían tener hijos de forma natural, por lo que decidió seguir el tratamiento, llamado FIV. Tras el tratamiento, el 25 de julio de 1978, nació la niña Louise Brown, reconocida como la primera bebé de probeta de la historia de la humanidad. Pesó 2700 gramos y las crónicas de la época la describían como "una niña saludable y regordeta". Este hecho generó muchas controversias. Sin embargo, a pesar de ello, se continuó trabajando con esta técnica iniciada por Steptoe y Edwards. En el año 2010 Robert Edwards fue galardonado con el Premio Nobel en Fisiología y Medicina por el desarrollo de la técnica de FIV.<sup>2</sup>

Como comentó Pascuni de Ponte, "ya en los últimos años de la década de los 90 del siglo XX se puede apreciar, a mi entender, una cierta evolución en la mentalidad que anima la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. No hay duda de que la esterilidad humana seguirá estando en la base de las técnicas de reproducción asistida, pero lo más probable es que éstas amplíen horizonte y

---

<sup>2</sup> Véase URBINA, M. T. / LERNER BILBER, J., : *Fertilidad y Reproducción Asistida*, Editorial Médica Panamericana, Venezuela, 2008, pp. 8-13.



aborten situaciones médicas, biológicas y sociales diferentes a las que impulsaron su desarrollo".<sup>3</sup> Del mismo modo, María Cárcaba Fernández apunta que "actualmente hemos entrado en el ámbito de la medicina del deseo y de la conveniencia; es forzoso constatar que los métodos de procreación artificial no curan la esterilidad, y que se dirigen a satisfacer el deseo de hijos, unido a la modernidad del placer y del individualismo". Amplia los horizontes al decir que "en la actualidad se impone la definición de una nueva ética social, pues una civilización que adquiere poderes sobre la vida se encuentra necesariamente necesitada de una nueva reflexión sobre los derechos del hombre", pues, como concluye la citada investigadora, "en el trasfondo de todas estas técnicas, y sobre todo en su permisividad subyacen convicciones éticas y religiosas y, en último extremo, morales".<sup>4</sup> En este sentido, a lo largo de esta investigación se ahondará en estas cuestiones y debates que se generan en torno al empleo de estas técnicas de reproducción.

---

<sup>3</sup> PASCUNI DE PONTE, E., "Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida", en *Saberes*, vol. I, 2003, [p. 3].

<sup>4</sup> CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, JM Bosch. Barcelona 1995, pp. 26 y 31.



### 3. 2. LA FECUNDACIÓN *IN VITRO*

Actualmente la FIV, se dice que es una de las principales técnicas para superar la esterilidad o infertilidad, sin embargo esto no es cierto. Mediante la FIV se indica que puede curar todos los tipos conocidos de esterilidad ovárica, tubárica, endocrina, inmunológica, por factor masculino, así como la esterilidad idiopática o de origen desconocido. No obstante la esterilidad o infertilidad sigue existiendo, tan solo la fecundación *in vitro* logró hacer artificialmente lo que la naturaleza realiza cumpliendo sus leyes: que, al unirse un óvulo y un espermatozoide, surja una nueva vida; en este proceso se imita la procreación pero reduciéndola a mera reproducción biológica. Las cifras de esterilidad y de infertilidad, a nivel global, oscilan entre un 15 y un 20 % en las parejas estables. Si bien las causas pueden ser variadas, un buen número de estas parejas le es posible tener hijos mediante asistencia sanitaria. Un primer paso necesario para lograr la maternidad-paternidad es buscar el diagnóstico de la esterilidad, aunque se sabe de antemano que un 20% de las parejas suele presentar esterilidad idiopática, esto es, sin causa conocida. Conviene destacar de nuevo que la fecundación artificial no es una terapia para curar la esterilidad, sino para alcanzar la fecundación facilitando o imitando lo que sería la fecundación natural. Ahora bien no es lo mismo facilitar que imitar. En el primer caso, los causantes de la fecundación son la misma pareja ,que es ayudada a que su acto de amor llegue también al término de la fecundación. En cambio , cuando estamos ante una técnica que sustituye el acto de amor en la concepción, entonces la fecundación ya no está relacionada con un acto de amor conyugal, sino de una manipulación técnica. En este último caso, podemos encontrar con médicos que se refieren a una gran cantidad de personas como *hijos suyos* ,en la medida en que estos médicos realizaron la fecundación en un laboratorio. Habrá que estudiar cómo se lleva a cabo las técnicas para poder examinar los diversos aspectos que pueden influir en su valoración ética.

La fecundación *in vitro* y posterior transferencia de embriones al útero (FIV o FIVET),es sin duda la técnica más difundida desde el año 1978.Se lleva a cabo mediante cinco pasos: estimulación ovárica para conseguir una ovulación múltiple, aspiración folicular para retirar los óvulos de la mujer a través de la

vagina, mezclado de espermatozoides y óvulos, cultivo del embrión de tres a cinco días- en este momento es cuando se puede realizar un diagnóstico genético del embrión-, introducción de uno o varios embriones mediante un catéter a través de la vagina para que aniden en el útero. <sup>1</sup> La FIV exige un compromiso físico, emocional, financiero y de tiempo considerable. El estrés y la depresión son frecuentes entre las parejas que la llevan a cabo. La amplia difusión social del uso de la FIV no puede ocultar las diferencias éticas, como la destrucción de embriones, aumento de aborto. Muchos entienden que se trata de una técnica que por sí misma no respeta la dignidad del ser humano que llega a la existencia y por lo tanto de una técnica cuyo uso no es éticamente justificable. En cambio hay clínicas que su finalidad es esta, he indican que promedio de éxito de este tipo de fecundación alcanza el 35%, esta tasa es considerablemente superior a la posibilidad de quedar embarazada en un coito –un 25% como máximo–. La FIV practicada en combinación con programas de donación y gestación subrogada puede hacer realidad el sueño de todos aquellos que quieren tener hijos. Tan sólo en los últimos 30 años, desde el nacimiento del primer "bebé probeta", en el mundo han nacido más de tres millones de niños concebidos *in vitro*. Las investigaciones científicas realizadas en diferentes países confirman que los "niños probeta" no presentan diferencias frente a sus coetáneos y, más aún, a veces los aventajan en su desarrollo.<sup>2</sup> La FIV es un método moderno y altamente tecnológico de superación de la esterilidad, cuyo éxito depende en gran medida del equipamiento del laboratorio en el que se realizan todas las manipulaciones con gametos y embriones. Afirmación poco acertada debido que como hemos indicado esta técnica no respeta la dignidad de la persona.

En 1937, se lanza la idea de la FIV con transferencia de embriones en un editorial anónimo cuyo título es "Conception in a watch glas", publicado en *The New England Journal of Medicine, Medical*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> TOMAS GARRIDO G./MANERO RICHARD E., Diccionario de Bioética para estudiantes. ed. Alcalá Grupo Editorial. 2008 p.152-154

<sup>2</sup> Estadísticas tomadas de la clínica Vita Nova. Clínica de reproducción, en <http://vitanovaclinic.ru/es/eko/>, visitada el 19/11/2014.

<sup>3</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *La fecundación in vitro y la filiación*, ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1993, p. 17.

Pero existen antecedentes históricos previos a ello, como hemos indicado que corresponde a la primitiva fase experimental en humanos, hasta el nacimiento de la primera niña en 1978 en Londres.

A mediados del siglo XIX se realizaron en España las primeras prácticas y las llevó a cabo el catedrático de obstetricia de la facultad de medicina de Valencia, Dr. Sancho Martín, el cual presentó un aparato, por él ideado, para la realización de las inseminaciones.<sup>4</sup>

Después del nacimiento de Louise Brown, emerge la necesidad de elaborar las diferentes normas legales que están relacionadas con las TRA y la calidad de servicios para ponerlo en práctica en muchos hospitales. Surgen controversias, ya inicialmente, falta legislación sobre el procedimiento médico seguido en que se involucra la creación de embriones, implantación, congelación y desecho de los mismos.

En España, es la clínica Dexeus de Barcelona la que con éxito, alrededor de 1982 inicia la práctica de técnicas de reproducción *in vitro*. Pero no es hasta el año 1984 cuando el Dr. Barri logra el primer nacimiento de una niña –la niña Victoria Anna– por esta técnica. Así, el primer nacimiento por FIV se produjo el 12 de julio de 1984 en el Instituto Dexeus de Barcelona, supervisado por el Dr. Pedro Barri, ginecólogo, y Dra. Anna Veiga, bióloga. Cuando se reforma la LTRA en España en 2006, nuestro país era el tercer país europeo en FIV, solamente por detrás de Francia y Alemania: se hicieron más de 50.000 tratamientos FIV que dieron lugar a unas 26.000 transferencias embrionarias, resultando más de 5.600 partos.<sup>5</sup> Por tanto, España está a la cabeza de Europa en la utilización de las TRA, por lo que los debates generados en torno a su empleo abarcan un amplio sector de la sociedad.

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ MORALES, M<sup>o</sup> R., "Biotecnología", en REYES, R. (Dir.), *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, ed. Plaza y Valdés, Madrid-México, Tomo 1/2/3/4, 2009, consultado en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/B/biotecnologia.htm>, visitada el 19/11/2014.

<sup>5</sup> LACADENA, J. R.: "Nobel de Medicina, ¿una puerta que nunca debió abrirse?", en *Vida Nueva*, 2010, n<sup>o</sup> 2.725, p. 35.



### 3.3. LA REPRODUCCIÓN *IN VITRO*

#### 3.3.1. CONCEPTO

Algunos expertos hablan de Procreática al hecho tan extendido de utilizar la sexualidad humana alterando el significado y orden natural que se ha expuesto en el punto anterior, se considera que los hijos pueden tenerse tanto por derecho, como , por la misma razón prescindir de ellos.

Desde que se produjo el primer nacimiento mediante FIV, en Inglaterra, en 1978, cientos de miles de niños y niñas han nacido con esta técnica. La FIV, consiste sencillamente en juntar óvulos y espermatozoides en un medio de cultivo para que fecunden, cuando de forma natural no pueden hacerlo por una disfunción en el varón o en la mujer. Primero se obtienen los ovocitos –óvulos– de la mujer mediante aspiración transvaginal de los folículos desarrollados en el ovario tras recibir tratamiento y, posteriormente, son inseminados en el laboratorio, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides que previamente han sido procesados en el laboratorio, con el fin de que ellos mismos realicen todo el procedimiento de fecundación, como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de falopio.

Los ovocitos que son fecundados, iniciarán la división celular, exactamente igual que lo harían en el interior del tracto genital femenino, transformándose en embriones, los cuales serán finalmente transferidos al útero materno, donde llegarían por sí mismos si la fecundación se hubiera producido en las trompas de falopio. Actualmente sabemos que ni los ovocitos, ni las células que los rodean ni el líquido donde se hallan, atraen a los espermatozoides, sino que son las contracciones de las propias trompas de falopio las que llevan los espermatozoides hasta los óvulos. Por ello, en la FIV, los ovocitos deben ser depositados en pequeñísimas gotas de un medio de cultivo basado en el fluido tubárico humano para facilitar el contacto entre óvulos y espermatozoides. Transcurridas 18-20 horas después de la inseminación, el embriólogo observa al microscopio los ovocitos para verificar si se ha producido o no la fecundación. La presencia de dos pronúcleos en el interior del ovocito y dos corpúsculos polares

en el espacio perivitelino es indicativo de una correcta fecundación.<sup>1</sup> Un pronúcleo corresponde al pronúcleo femenino y el otro al masculino. Cada pronúcleo contiene almacenado en su interior el material genético característico del miembro de la pareja del cual procede, y la combinación de ambos determinará las características genéticas del nuevo embrión. Los ovocitos correctamente fecundados se depositan en placas de cultivo con un medio especial para el desarrollo embrionario y se mantienen a 37º de temperatura y condiciones de humedad y gasificación apropiadas durante uno o dos días antes de proceder a la transferencia. Durante este período de tiempo se valora la evolución de los embriones, descartando aquellos que no sigan un proceso de división correcto.

No todos los ovocitos fecundados se desarrollan correctamente. Una división celular muy asimétrica, presencia de fragmentación y/o multinucleación son indicativos de mal pronóstico. Cuando por experiencias anteriores se considera oportuno realizar una valoración más detallada del desarrollo embrionario, el periodo de cultivo *in vitro* puede prolongarse hasta el estadio de blastocito.<sup>2</sup> La legislación actual en España permite que los embriones que se trasfieren actualmente en España según permite nuestra legislación es de 1 a 3 embriones. Antes de decidir el número de embriones a transferir, se discutirá conjuntamente entre el médico, el equipo de biología y la pareja. En el supuesto de que se disponga de embriones sobrantes, que no son transferidos en el ciclo en fresco, se procederá, previo consentimiento de la pareja, a la congelación de los que evolucionan de forma favorable. Por último, hay que indicar que "la criopreservación de embriones forma parte esencial de los tratamientos de Reproducción Asistida ya que permite conservar los embriones para su utilización posterior. Se pueden beneficiar de la congelación tanto las parejas que no hayan conseguido embarazo en el primer ciclo, como aquellas que lo consiguieron y luego desean intentar una segunda gestación. En los ciclos de FIV,

---

<sup>1</sup> Ahora se sigue la información de la Clínica Dexeus, <https://www.dexeus.com/informacion-de-salud/enciclopedia-ginecologica/medicina-de-la-reproduccion/fecundacion-in-vitro>, visitada el 30/09/2012.

<sup>2</sup> [http://www.dexeus.com/es\\_ES/salud-mujer-informacion-medica-detalle.aspx?a=1&t=56&c1=7](http://www.dexeus.com/es_ES/salud-mujer-informacion-medica-detalle.aspx?a=1&t=56&c1=7), visita el 30/09/2012.



se realiza tras la transferencia embrionaria para guardar los embriones sobrantes o bien cuando no es posible realizar la transferencia embrionaria por motivos diversos (contraindicación médica, etc.), conservándose la totalidad de los embriones obtenidos".<sup>3</sup> La Fecundación in vitro como técnica de reproducción asistida no es un método de reproducción artificial ya que no suplantando mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o sustituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (sub fertilidad o infertilidad). En la TRHA de modo inmediato aparece la manipulación sobre la realidad biológica de la procreación humana y además, ya no interviene de modo exclusivo la pareja en la generación de una nueva persona, sino que advierte la actuación de un tercero (el médico, el biólogo, la sociedad ,etc.). Tampoco se puede considerar método terapéuticos, puesto que lo que se pretende con estas tecnologías no es curar sino sustituir o asistir a un proceso generativo, que por diversas circunstancias patológicas no pueden completarse satisfactoriamente de modo natural.

La esterilidad afecta aproximadamente a uno de cada siete matrimonios, y va en aumento en el mundo occidental; muchas veces puede diagnosticarse clínicamente y también resolverse. En los casos que esto no ocurre, conviene recordar que el deseo de tener hijos es lícito, en tanto que expresa la vocación a la maternidad y a la paternidad inscrita en el amor conyugal, pero la esterilidad no es un mal absoluto, y puede subsanarse con la adopción de hijos y realizando servicios abnegados en beneficio del prójimo.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> [http://www.dexeus.com/es\\_ES/salud-mujer-informacion-medica-detalle.aspx?a=1&t=56&c1=7](http://www.dexeus.com/es_ES/salud-mujer-informacion-medica-detalle.aspx?a=1&t=56&c1=7), visita el 30/09/2012.

<sup>4</sup> TOMAS Y GARRIDO G.M. *Cuestiones actuales de Bioética*. 2011 ed. EUNSA.



### 3.4. MODALIDADES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Las modalidades de reproducción asistida son las siguientes:

- a) IA homóloga: el semen del compañero se hace llegar al óvulo por medios artificiales y el óvulo es fecundado dentro del útero materno.
- b) IA heteróloga: semen de donante; como en el anterior el semen se lleva artificialmente hasta el óvulo y lo fecunda en el interior del útero.
- c) FIV homóloga: consiste en la fecundación del óvulo en el laboratorio, en un medio artificialmente creado; con posterior transferencia al útero
- d) FIV con semen de donante: es indiferente la situación de la mujer (casada o soltera); su óvulo es fecundado con semen de donante anónimo y luego transferido a su útero
- e) FIV con donación de óvulos: el semen puede ser del marido o de un donante anónimo; lo fundamental es que también el óvulo es de otra mujer distinta de aquella en quien se implanta después de la fecundación; se da a luz un ser al que únicamente se ha gestado
- f) Transferencia intratubárica de gametos en mujeres con obstrucción de trompas; se realiza *in vivo*, introduciendo los gametos más allá de la obstrucción, para que se realice la fecundación y el cigoto continúe su ulterior desarrollo en su medio natural
- g) Transferencia nuclear: en mujeres con defectos citoplasmáticos de óvulos; es muy parecida a la técnica utilizada en la clonación animal y consiste en introducir el núcleo celular de ovocitos de la mujer en los óvulos de las donantes, a los que se les ha quitado el núcleo. El óvulo ya puede ser fertilizado bien de forma natural si se introduce de nuevo en el útero o *in vitro*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ROSELL ROLDÁN, L., *Estudio ético-legal sobre la reproducción asistida*, en [https://www.uclm.es/ab/enfermeria/revista/numero%2014/estudio\\_%E9tico\\_rep\\_asist.htm](https://www.uclm.es/ab/enfermeria/revista/numero%2014/estudio_%E9tico_rep_asist.htm)

La siguiente tabla muestra un resumen de las tasas de embarazo en función de las diferentes técnicas realizadas recogidas en las estadísticas del SEF de 2012.

**TABLA 1.** Tasas de embarazo en función de las diferentes técnicas realizadas<sup>2</sup>

Tasas de embarazos			
	% gestación por ciclo	% gestación por punción	% gestación por transferencia
Ciclos para obtención de ovocitos propios	27,5%	31,2%	37,9%
Criotransferencias de embriones criopreservados procedentes de ovocitos propios	29,0%	-	31,7%
Ciclos de recepción de ovocitos de donante	49,5%	-	53,4%
Criotransferencias de embriones criopreservados procedentes de ovocitos de donante	37,5%	-	39,3%
Diagnóstico Genético Preimplantacional	20,7%	24,3%	45,9%
Maduración <i>in vitro</i> de ovocitos	17,4%	19,0%	26,7%
Ciclos con ovocitos criopreservados	46,2%	-	52,4%
Ciclos de donación de embriones	36,5%	-	39,3%
Ciclos de acumulación de ovocitos	28,4%	28,4%	42,3%

La siguiente tabla muestra un resumen de las tasas de partos en función de las diferentes técnicas realizadas recogidas en las estadísticas del SEF de 2012.

, visitado en 18/06/2014.

<sup>2</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final. Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI). Año 2012*, p. 27

TABLA 2. Tasas de parto en función de las diferentes técnicas realizadas<sup>3</sup>

Tasas de parto			
	% gestación por ciclo	% gestación por punción	% gestación por transferencia
Ciclos para obtención de ovocitos propios	16,1%	18,2%	22,2%
Criotransferencias de embriones criopreservados procedentes de ovocitos propios	16,4%	-	17,9%
Ciclos de recepción de ovocitos de donante	29,3%	-	31,7%
Criotransferencias de embriones criopreservados procedentes de ovocitos de donante	21,5%	-	22,5%
Diagnóstico Genético Preimplantacional	14,4%	18,8%	32,6%
Maduración <i>in vitro</i> de ovocitos	13,0%	14,3%	20,0%
Ciclos con ovocitos criopreservados	23,6%	-	26,8%
Ciclos de donación de embriones	15,2%	-	16,4%
Ciclos de acumulación de ovocitos	18,4%	18,4%	27,4%

El artículo 20.B.) de la ley 35/1988, considera faltas muy graves el hecho de "mezclar semen de distintos donantes, para inseminar a una mujer o realizar la FIV y la transferencia embrionaria, así como utilizar óvulos de distintas mujeres o crear preembriones con esperma de individuos diferentes para su transferencia al útero o transferir al útero en un mismo tiempo, preembriones originado con óvulos de distintas mujeres". También esto hizo que nuestra actual legislación de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA:

-Los pre embriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación

<sup>3</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final. Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI). Año 2012*, p. 27

*in vitro* que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crio conservados en los bancos autorizados para ello. La crio conservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los pre embriones 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.

-Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los pre embriones crio conservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crio conservados, son:

Su utilización por la propia mujer o 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 pre embriones y los ovocitos crio conservados, 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.

- La utilización de los pre-embryones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crio conservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los pre-embryones, 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 pre embriones.

- El consentimiento para dar a los pre-embryones o gametos crio conservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los pre embriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del

consentimiento firmado previamente. 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 pre embriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crio conservados, 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.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.<sup>4</sup>

Según recoge el informe estadístico final de la SEF del año 2012, se han realizado 10.744 transferencias embrionarias procedentes de 11.736 descongelaciones (91,5%).<sup>5</sup> En la siguiente tabla se expone las criotransferencias de embriones criopreservados procedentes de ovocitos propios.

**TABLA 3.** Embriones criopreservados de ovocitos propios: ciclos de descongelación de embriones, transferencias, gestaciones y partos.<sup>6</sup>

Embriones criopreservados de ovocitos propios: ciclos de descongelación de embriones, transferencias, gestaciones y partos	
Ciclos de descongelación de embriones	11.736
Embriones descongelados	27.672
Embriones transferidos	18.208
Transferencias	10.744
Gestaciones	3.407
Ectópicos, heterotópicos y abortos	792

<sup>4</sup> 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida BOE 126, Madrid, 27 de mayo 2006.

<sup>5</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 8.

<sup>6</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 8.

Gestaciones con evolución desconocida	688
Partos	1.927
Recién nacidos	2.251
<b>% Transferencias por ciclos de descongelación de embriones</b>	
% Transferencias por ciclos de descongelación de embriones	91,5%
<b>% Embriones transferidos por embriones descongelados</b>	
% Embriones transferidos por embriones descongelados	65,8%
<b>Nº de embriones descongelados por ciclos de descongelación</b>	
Nº de embriones descongelados por ciclos de descongelación	2,4
<b>Nº Embriones transferidos por transferencias</b>	
Nº Embriones transferidos por transferencias	1,7
<b>Nº Embriones descongelados por gestación</b>	
Nº Embriones descongelados por gestación	8,1
<b>Nº de Embriones transferidos por gestación</b>	
Nº de Embriones transferidos por gestación	5,3

El SEF recoge también las criotransferencias de embriones procedentes de ovocitos de donante en el año 2012. En el citado año se realizaron 6.251 transferencias embrionarias procedentes de 6.554 descongelaciones, un 95,4%, como se aprecia en la siguiente tabla.

**TABLA 4.** Embriones criopreservados de ovocitos de donante: ciclos de descongelación de embriones, transferencias, gestaciones y partos.<sup>7</sup>

Embriones criopreservados de ovocitos de donante: ciclos de descongelación de embriones, transferencias, gestaciones y partos	
Ciclos de descongelación de embriones	6.554
Embriones descongelados	13.344
Embriones transferidos	10.581
Transferencias	6.251
Gestaciones	2.457
Ectópiccos, heterotópicos y abortos	554
Gestaciones con evolución desconocida	497
Partos	1.406
Recién nacidos	1.666

<sup>7</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 14.



% Transferencias por ciclos de descongelación de embriones	95,4%
% Embriones transferidos por embriones descongelados	79,3%
Nº de embriones descongelados por ciclos de descongelación	2,0
Nº Embriones transferidos por transferencias	1,7
Nº Embriones descongelados por gestación	5,4
Nº de Embriones transferidos por gestación	4,3

Existen diferentes modalidades de reproducción artificial a la par que se multiplican igualmente los riesgos que se pueden correr mediante la utilización de la reproducción artificial. En el siguiente epígrafe de esta investigación, se presentarán algunos de los más importantes.

#### 3.4.1. RIESGOS

La FIV puede tener un alto riesgo para la salud, tanto de la mujer como del bebé. No se tiene que olvidar que se está ante una intervención quirúrgica y, por lo tanto, el riesgo que por sí mismo ello conlleva.

Además, nos podemos encontrar con diferentes problemas graves para la salud de la mujer:

- El SHO.
- Aborto espontáneo.
- Embarazo ectópico.
- Embarazo múltiple.
- Estrés psicológico.
- Gestosis o toxemias gravídicas, como son los síntomas maternos de tipo metabólico como los edemas, hipertensión, albuminuria, incluso eclampsia.
- Diabetes.
- Insuficiencia renal.
- Infecciones genitales.

-Torsión o rotura de ovarios.

-Hemorragias o lesiones viscerales en el curso de la punción folicular.

Y también problemas de salud para el bebé:

-Malformaciones.

Por su importancia y desconocimiento general, se va a desarrollar el síndrome de hiperestimulación ovárica que es crucial para la salud de la mujer. Ello no significa que los demás no sean importantes, simplemente que son más conocidos por todos.

### 3.4.2. EL SÍNDROME DE HIPERESTIMULACIÓN OVÁRICA

Un tratamiento hormonal estimula los ovarios para producir más óvulos maduros con el fin de aumentar las posibilidades de fertilización. El SHO<sup>8</sup> es una seria complicación iatrogénica producida durante un estímulo controlado de la ovulación, más correcto sería hablar de descontrolado. Se caracteriza por una exagerada respuesta a la medicación, generadora de un gran número de folículos, niveles altos de estradiol plasmático y de sustancias vaso activas citokinas, angiotensina, factor de crecimiento endotelial, entre otros que determinan una aumentada fragilidad e hiperpermeabilidad vascular que generan un flujo de

---

<sup>8</sup> Véase, entre otras, AZCONA RUIZ, B., / CAMPO MOLINA, G., ZABALETA JURÍO, J.,: "Síndrome de hiperestimulación ovárica", en *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol. 32, nº Extra 1, 2009, pp. 19-27; GÓMEZ, R. / QUEA, G. / GARCÍA VELASCO, J. A. / PELLICER MARTÍN, A., "Síndrome de Hiperestimulación Ovárica: nuevos avances", en *Cuadernos de medicina reproductiva*, Vol. 12, nº 1, 2006, pp. 17-32; GRIS MARTÍNEZ, J. M. / TRILLO URRUTIA, L., "Síndrome de hiperventilación ovárica: fisiopatología y repercusiones sistemáticas", en *Revista Española de anestesiología y reanimación*, Vol. 56, nº 9, 2009, pp. 525-526; PELLICER MARTÍN, A., / RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. / REMOHÍ, J., "Gestación heterotópica tras ciclo de fecundación in vitro con diagnóstico preimplantatorio", en *Ginecología y Obstetricia*, Vol. 46, nº 2, 2003, pp. 91-95 y QUEROL GUTIÉRREZ, L. A., "Infartos retiniano y cerebral secundarios a trombosis carotídea aguda en el síndrome de hiperestimulación ovárica", en *Neurología: Publicación oficial de la Sociedad Española de Neurología*, Vol. 23, nº 5, 2008, pp. 319-321.

líquidos hacia cavidades e intersticio, responsables de la sintomatología típica del cuadro.<sup>9</sup> Aislados casos de SHO espontáneos se han descrito, relacionados con mutaciones del gen del receptor de FSH,<sup>10</sup> con la particularidad que se producen sólo si hay estímulo de HCG placentaria,<sup>11</sup> es decir si se produce embarazo.<sup>12</sup> Carizza considera que "el cuadro inducido por estímulo de la ovulación es fácilmente prevenible en la mayoría de los casos y es la resultante de una mixtura entre una alta dosis administrada o una aumentada sensibilidad a las gonadotrofinas o a los antiestrógenos, una falta de monitoreo exhaustivo de la respuesta ovárica, y/o una falta de formación del profesional a cargo de interpretar los resultados de dicho monitoreo".<sup>13</sup>

Así, si es grave que se produzca el SHO mucho más grave es que los profesionales tratantes no sepan distinguir que se está en presencia de un cuadro de SHO. La incidencia varía según los autores y se ha establecido que puede presentarse entre un 0.5 a un 4 % de los estímulos.<sup>14</sup> Si bien la incidencia no es alta, la gravedad del cuadro si puede serlo y ocasionar serias complicaciones

---

<sup>9</sup> Véase NAVOT D., BERGH PA, LAUFER N., "Ovarian hyperstimulation syndrome in novel reproductive technologies: prevention and treatment", *Fertil Steril*, Aug 1992; 58 (2), pp. 249-261.

<sup>10</sup> Nombre de la hormona que estimula la secreción estrógeno.

<sup>11</sup> Hormona del crecimiento llamada "humana gruta hormone".

<sup>12</sup> DELBAERE, A. / SMITS, G. / OLATUNBOSUN OPIERSON, R. / VASSART, G. y COSTAGLIOLA S., "New insights into the pathophysiology of ovarian hyperstimulation syndrome. What makes the difference between spontaneous and iatrogenic syndrome?", en *Human Reproduction*, 2004, vol. 19, no. 3, pp. 486-489.

<sup>13</sup> CARIZZA, C., "Síndrome de Hiperestimulación ovárica", en <http://www.carloscarizza.com/pdf/Medicina%20Reproductiva/Infertilidad%20femenina/Sindrome%20de%20Hiperestimulacion.pdf>, visitada el 25/11/2014.

<sup>14</sup> Véase GUILLAUME SMITS, M.D. / OLUFEMI OLATUNBOSUN, M.B. / ANNE DELBAERE, M.D., Ph.D. / ROGER PIERSON, Ph.D. / GILBERT VASSART, M.D., Ph.D., y SABINE COSTAGLIOLA, Ph.D., "Ovarian Hyperstimulation. Syndrome Due to a Mutation in the Follicle-Stimulating Hormone Receptor", *N. Engl. J. Med.*, Aug 2003; 349, pp. 760 - 766. <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa030064>, visitado en 18/06/2014.

clínicas que pueden hasta causar la muerte.

Muchos centros con el afán de disminuir costos han abandonado la medición diaria de los niveles de estradiol plasmático y se guían solamente por los hallazgos ultrasonográficos, grave error que catapulta un aumento en la incidencia de SHO.<sup>15</sup>

El riesgo de hiperestimulación ovárica en la FIV y en la inyección intracitoplasmática de espermatozoides es mayor que con el tratamiento de IA, ya que en estos dos métodos los ovarios son mucho más estimulados.

La aparición del SHO es probable también que en las mujeres jóvenes o de bajo peso, las mujeres con síndrome de ovario poliquístico, y mujeres que en algún tratamiento hormonal anterior hubieran con un alto nivel de estradiol. No está claro cómo se produce la hiperestimulación, pero se cree que a través de la estimulación de sustancias vaso activas en el torrente sanguíneo, aumenta la permeabilidad de las paredes de los vasos sanguíneos y una acumulación de líquido en la cavidad peritoneal. Esta retención de líquidos puede causar dolor de leve a severo en el abdomen, náuseas, distensión abdominal, puede que dificultad para respirar e incluso un fuerte aumento de peso, de más de un kilogramo por día. En casos muy graves, la sangre pierde su contenido de líquido y se espesa aumentando la probabilidad de coágulos. La mala circulación en órganos como los riñones puede llevar a una insuficiencia renal y otros graves problemas, como ya hemos indicado hasta la muerte.<sup>16</sup>

El SHO es la complicación más frecuente que se da en las TRA. A continuación, se presenta la tabla estadísticas del año 2012 de las complicaciones de cualquier técnica de reproducción humana asistida que requirieron ingreso hospitalario y que fue publicada en el Análisis estadístico final de la SEF.

---

<sup>15</sup> Véase DELVIGNE, A. y ROZENBERG, S., "Epidemiology and prevention of ovarian hyperstimulation syndrome (OHSS): a review", en *Human Reproduction Update*, Nov 2002, 8, pp. 559 - 577.

<sup>16</sup> CARIZZA, C., "El Síndrome de Hiperestimulación Ovárica (OHSS) puede ser un cuadro clínico grave pero más grave es estar en presencia de uno y no diagnosticarlo", <http://www.carloscarizza.com/pdf/Medicina%20Reproductiva/Infertilidad%20femenina/Sindrome%20de%20Hiperestimulacion.pdf>, visitado en 18/06/2014.

**TABLA 5.** Complicaciones de cualquier TRA que requirieron ingreso hospitalario.<sup>17</sup>

Complicaciones		
	Nº	% sobre el total de ciclos iniciados (todas las técnicas)
SHO	163	0,230 %
Hemorragia	44	0,062 %
Infección	8	0,011 %
Muerte materna documentada	0	0,000 %
Otras	19	0,027 %
Reducción embrionaria inducida	30	0,042 %

### 3.4.3. GESTACIÓN MÚLTIPLE

La complicación más importante asociada a las TRA es la gestación múltiple, dada su elevada frecuencia y las complicaciones asociadas para los recién nacidos. Los datos del registro europeo (European IVF Monitoring Consortium –EIM–) sitúan en un 20.8% la tasa de parto múltiple en Europa (partos dobles más triples tras FIV+la inyección intracitoplasmática de espermatozoides), mientras que en España es de un 23.7% en 2006.<sup>18</sup> Recientemente, en las estadísticas publicadas por la SEF se recogía que "en el año 2.012 fueron transferidos 48.499 embriones en 25.696 transferencias, lo que representa una media de 1,9 embriones por transferencia. El 72% de las transferencias fueron de 2 embriones".<sup>19</sup>

El incremento de gestaciones múltiples vinculadas a la expansión de las

<sup>17</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 21.

<sup>18</sup> MOUZON, J./ GOOSSENS, V./ BHATTACHARYA, S./ CASTILLA, J. A./ FERRARETTI, A. P./ KORSACK, V. y otros, "Assisted reproductive technology in Europe, 2006: results generated from European registers by ESHRE", en *Hum Reprod*, nº 25, 2010, pp. 1851-1862.

<sup>19</sup> Consultado en [https://www.registrosef.com/public/Docs/sef2012\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/Docs/sef2012_IAFIV.pdf), visitado el 20/11/2014.

técnicas de fertilidad es un hecho que está tomando tal dimensión que los especialistas no dudan en calificar este fenómeno como una epidemia en expansión.<sup>20</sup>

Los registros de población española ponen de manifiesto que entre 1980 y 2007 se ha producido un notable aumento de la tasa de partos múltiples, especialmente desde 1990. Según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, en los últimos veinte años, la tasa de partos gemelares se ha duplicado (75 cada 10.000 partos en el año 1980; mientras que 168 en el 2002) y la tasa de partos triples se ha incrementado en siete veces (11 cada 100.000 partos en el año 1980; 76 cada 100.000 partos en el 2002).<sup>21</sup>

Las causas hay que buscarlas en primer lugar en el incremento en la edad de la maternidad y en segundo lugar al desarrollo de las TRA, debido a que en la FIV habitualmente se transfiere más de un embrión; y a que en la inducción/estimulación de la ovulación (asociados o no a IA) puede evolucionar más de un folículo.

La reacción a este aumento de embarazos múltiples en TRA ha consistido principalmente en disminuir el número de embriones transferidos en FIV, dada la evidencia científica de que en parejas de buen pronóstico las tasas de gestación no son mayores en mujeres que reciben tres embriones que en las que reciben dos, siendo sin embargo menores las tasas de gestación múltiple en las últimas. Los efectos secundarios materno-fetales de este tipo de gestaciones (cuádruples, triples, incluso las gemelares) inciden de forma tan gravosa en la pareja (coste económico, desgaste psicológico, depresión, etc.) y en el feto (bajo peso, alteraciones neurológicas, etc.) que cada vez son más los países y las organizaciones científicas que se han decidido a regular (a través de leyes) la actividad de los centros o a crear recomendaciones, con el fin de controlar las pautas existentes de actuación del binomio doctor-pareja basada en el principio

---

<sup>20</sup> SIMON, C. / PELLICER, A.: "Encuentro de expertos sobre gestaciones múltiples", en *Iber Fert*, nº 22, 2005, pp. 309-310.

<sup>21</sup> TUR, R. / COROLEU, B. / TORELLÓ, M. J. / BOADA, M. / VEIGA, A. / BARRI, P. N.: "Prevention of multiple pregnancy following IVF in Spain", en *Reprod Biomed Online*, 2006, nº 13, pp. 856-863.

de conseguir un embarazo a todo coste.<sup>22</sup>

Según varios autores, "para ello se hace necesaria una correcta identificación de los embriones con mayor poder implantatorio, así como la determinación de los factores que predicen un riesgo elevado de gestación múltiple en una pareja concreta. Todas estas dificultades se encuentran entre las citadas por los centros a la hora de implantar una política de transferencia con un menor número de embriones".<sup>23</sup>

Del total de embarazos gemelares, dos tercios son dizigóticos y un tercio monozigóticos.<sup>24</sup> Entre estos últimos, en función de cuándo se haya producido la división que dará lugar a los dos fetos, habrá una sola placenta y dos bolsas amnióticas (si es alrededor de los tres días), o dos placentas y dos bolsas (nueve días).

A continuación, se expone los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en el 2005 por Teresa Higuera, del Hospital Valle de Hebrón de Barcelona. La citada investigadora argumenta:

En términos generales, entre los monozigóticos una tercera parte tienen dos placentas (gestaciones bicoriales) y dos tercios comparten la misma placenta (monocoriales). Este grupo, que representa un 20% de todos los gemelos, es el que presenta los principales problemas de salud, más allá de los riesgos comunes a todos los embarazos gemelares.

En estos embarazos existe peligro de retraso de crecimiento intrauterino,

---

<sup>22</sup> STROMBERG, B. / DALHLQUIST, G. / ERICSSON, A. / FINNSTROM, O. / KOSTER, M. / STTJERNQVIST, K.: "Neurological sequelae in children born after in vitro fertilization: a population-based study", en *Lancet*, 2002, nº 359, pp. 461-465.

<sup>23</sup> CLAVERO, A. / GONZALVO, M. C. / CASTILLA, J. A. / ZAMORA, S. / ROLDÁN, M. P. / PEÑA, R. / AGUADO, J. A. / ROSALES, A. / MOLINA, I. y MORALES, N., "Transferencia electiva", en [http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y\\_obstetricia/ficheros/curso2010\\_reprod\\_11\\_transferencia\\_electiva\\_aclavero.pdf](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2010_reprod_11_transferencia_electiva_aclavero.pdf), visitado el 20/11/2014.

<sup>24</sup> Véase CABALLERO PEÑA, M. / HURTADO SUAZO, J. A., "Resultados perinatales en las gestaciones múltiples", en [http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y\\_obstetricia/ficheros/04resultadosmpena.pdf](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/04resultadosmpena.pdf), visitada el 20/11/2014.

malformación fetal y de transfusión feto-fetal. Además, la morbilidad neurológica se multiplica en los gemelos monocoriales por 4 respecto a los bicoriales.

Mientras en los embarazos simples los riesgos son del 1% respecto a malformaciones severas, del 0,5% de muerte perinatal, del 3% de retraso en el crecimiento intrauterino y del 1% de parto prematuro, en el caso de gemelos bicoriales las tasas son de un 1% de malformación, entre 1% y 2% de muerte perinatal, del 10% de retraso en el crecimiento y un 5% de parto pretérmino. Pero estas cifras se incrementan aún más en el caso de las gestaciones monocoriales con un 3% de malformaciones, entre 3% y 4% de muerte perinatal, un 15% de retraso en el crecimiento intrauterino y un 10% de prematuridad. A ello hay que sumar que en los monocoriales, las tasas de morbilidad al año o en la primera infancia, se multiplican por cuatro y hasta por cinco.

En la placenta monocorial hay comunicaciones arteriovenosas que se equilibran entre los dos fetos. Si se pierde este equilibrio se produce una transfusión feto-fetal, en la que hay un desequilibrio crónico, por lo que un feto se convierte en donante y desarrolla oliguria, oligodramios, y el otro en receptor, y desarrolla poliuria, polidramios e hidrops.

No todas las gestaciones monocoriales desarrollan transfusión feto-fetal. Pero si sucede, en el estadio final la mortalidad es del 80% al 100%, sobre todo cuando aparece antes de la semana 26.

Todos los monocoriales comparten comunicaciones vasculares, pero además, los gemelos se distribuyen la placenta de forma aleatoria, de forma que unos se quedan con más superficie placentaria y otros con menos. En este contexto se producen los retrasos de crecimiento intrauterino.<sup>25</sup>

Finalmente, diversos estudios han reflejado los problemas entre gemelos monocoriales como por ejemplo el mayor riesgo de muerte intra-útero, de parto prematuro y de lesión neurológica de los gemelos monocoriales frente a los

---

<sup>25</sup> HIGUERAS, T., "Incidencia en la salud de la gestación múltiple en España. Complicaciones en gestación múltiple en España", en *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Vol. 22, nº 5, 2005, Septiembre-Octubre, p. 313.



bicoriales.<sup>26</sup>

Ahora, se presentan las tablas estadísticas del año 2012 sobre la gestación múltiple en función del tipo de IA así como la tabla de gestaciones múltiples en función de la edad publicadas en el análisis estadístico final de la SEF.

Sobre la primera tabla la SEF dice que "se observa un porcentaje de gestaciones múltiples de 11,3% en IAC y de 13,2 en IAD. El porcentaje de embarazos gemelares en IAC es del 9,6% frente al 11,2% de IAD. El porcentaje de embarazos triples es del 1,2% para IAC y 1,5% para IAD. Y, por último, el porcentaje de embarazados de más de 3 sacos es 0,5% tanto para IAC como para IAD".<sup>27</sup>

**TABLA 6.** Gestaciones múltiples en función del tipo de IA.<sup>28</sup>

Tipos de embarazo			
	IAC	IAD	Total
Únicos	2.379 (88,7 %)	1.228 (86,8 %)	3.607 (88,0%)
Gemelares	258 (9,6 %)	159 (11,2%)	417 (10,2%)
Triples	32 (1,2%)	21 (1,5%)	53 (1,3%)
> 3 sacos	13 (0,5%)	7 (0,5%)	20 (0,5%)
<b>Total múltiples</b>	<b>303 (11,3%)</b>	<b>187 (13,2%)</b>	<b>490 (12,0%)</b>
<b>Total gestaciones</b>	<b>2.682 (100%)</b>	<b>1.415 (100%)</b>	<b>4.097 (100%)</b>

En el año 2012 fueron transferido 48.499 embriones en 25.696 transferencias, lo que representa, según el SEF, una media de 1,9 embriones por transferencia, el 72 % de las transferencias fueron dos embriones. En la tabla 4 se exponen las estadísticas del SEF sobre las gestaciones y multiplicidad en los partos en función del número de embriones transferidos (ovocitos propios).

<sup>26</sup> LUCEÑO MAESTRE, F., *Validez y Utilidad del Registro de la SEF de Técnicas de Reproducción Asistida*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, Facultad de Medicina, Granada, 2010.

<sup>27</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...* p. 36.

<sup>28</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 36.

**TABLA 7.** Ovocitos propios: gestaciones y multiplicidad de los partos en función del nº de embriones transferidos.<sup>29</sup>

Ovocitos propios: gestaciones y multiplicidad de los partos en función del nº de embriones transferidos				
	1 embrión transferido	2 embriones transferidos	3 embriones transferidos	Total
Total de transferencias	5.042 (19,6%)	18.505 (72,0 %)	2.149 (8,4%)	25.696 (100,0%)
Total de transferencias electivas	1.396 (11,9%)	10.362 (88,1%)	-	11.757 /100,0%)
Gestaciones con un saco	1.174 (98,9%)	5.642 (73,2%)	545 (69,8%)	7.361 (76,1%)
Gestaciones don 2 sacos	13 (1,1%)	2.046 (26,5%)	209 (26,8%)	2.268 (23,4%)
Gestaciones ≥ 3 sacos	0 (0,0%)	21 (0,3%)	27 (3,5%)	48 (0,5%)
Total gestaciones	1.187 (100,0%)	7.709 (100,0%)	781 (100,0%)	9.677 (100,0%)
% de implantación	23,5%	26,4%	16,2%	24,8%
% de gestación por transferencia	23,5%	41,7%	36,3%	37,7%
Partos con feto único	669 (98,7%)	3.434 (75,5%)	331 (70,3%)	4.434 (77,8%)
Partos	9 (1,3%)	1.107 (24,3%)	130 (27,6%)	1.246 (21,9%)

<sup>29</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 5.

gemelares				
Partos triples o más	0 (0,0%)	10 (0,2%)	10 (2,1%)	20 (0,4%)
Total partos	678 (100%)	4.551 (100,0%)	471 (100,0%)	5.700 (100,0%)
Ectópicos y heterotópicos	25 (2,7%) (*)	158 (2,7%) (*)	14 (2,2%) (*)	197 (2,6%) (*)
Abortos	223 (24,1%) (*)	1.242 (20,9%) (*)	145 (23,0%) (*)	1.610 (21,4%) (*)
Gestaciones con evolución desconocida	261 (22,0%) (**)	1.758 (22,8%) (**)	151 (19,3%) (**)	2.170 (22,4%) (**)

(\*) Porcentaje calculado respecto al total de gestaciones menos las gestaciones con evolución desconocida.

(\*\*) Porcentaje calculado respecto al total de gestaciones.

La quinta de las tablas recoge las estadísticas sobre las gestaciones múltiples en función de la edad. En el informe estadístico de la SEF. Sobre esta tabla en el informe se especifica que "en la IAC, la tasa de embarazos únicos es mayor en mujeres con una edad igual o superior a 40 años. La tasa de embarazos múltiples es superior en el grupo de mujeres con edad inferior a 40 años (11,5% frente a 4,1%)".<sup>30</sup>

**TABLA 8.** Gestación múltiples en función de la edad.<sup>31</sup>

Tipos de embarazo IAC en función de la edad			
	Mujer < 40 años	Mujer ≥ 40 años	Total
Únicos	2.309 (88,5%)	70 (95,9%)	2.379 (88,7%)
Gemelares	255 (9,8 %)	3 (4,1%)	258 (9,6%)
Triples	32 (1,2%)	0 (0,0%)	32 (1,2%)
> 3 sacos	13 (0,5%)	0 (0,0%)	13 (0,5%)

<sup>30</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 37.

<sup>31</sup> [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final...*, p. 37.

Total múltiples	300 (11,5%)	3 (4,1%)	303 (11,3%)
Total gestaciones	2.609 (100,0%)	73 (100,0%)	2.682 (100,0%)

Aunque existan numerosas modalidades de IA, y su empleo esté realizándose durante años, esto no implica que su aplicación no conlleve riesgos, como la gestación múltiple. Además, a parte de las complicaciones médicas más que evidentes, desnaturaliza el acto del nacimiento de los seres humanos.

### 3.5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este capítulo se han presentado los orígenes en la investigación y el desarrollo de la RAH. El primer embarazo con ayuda externa se produjo en 1776 en Londres y fue realizado por el cirujano John Hunter que fue quien tomó el semen de un paciente que padecía de hipospadia y lo depositó en la vagina de su esposa. Tras esta intervención, muchos científicos empezaron a estudiar esta técnica y en 1779 Lázaro Spallanzani realizó la primera IA en mamíferos. Al final del siglo XVIII, en 1785, el profesor y médico Thouret consiguió fecundar a su mujer. En el siglo XIX, James Marion Sims publicó su libro *The Microscope as an Aid in The Diagnosis and Treatment of Sterility*, en el que se incluyó un capítulo sobre la fecundación artificial. En el siglo XX, Robert G. Edgard corroborará en 1969 la fecundación de ovocitos *in vitro* que no pudieron ser transferidos.

En 1978 Patrick Steptoe y Robert G. Edwards, consiguieron el nacimiento de la primera niña nacida por medio de la medicina reproductiva. Así, el 25 de julio de 1978 nació la niña Louise Brown, reconocida como la primera bebé probeta de la historia de la humanidad. A pesar de las controversias que generó este nacimiento, Steptoe y Edwards continuaron con las investigaciones en este campo. De hecho, el segundo de ellos, fue galardonado en 2010 con el Premio Nobel de Fisiología y Medicina por haber desarrollado la TRA conocida como FIV. Para esta investigación, por tanto, ha sido fundamental no sólo el presentar la historia del avance de la técnica de FIV sino también el presentar en qué consiste la técnica y ver qué es la reproducción *in vitro* y qué modalidades de reproducción artificial existen. Sin embargo, a pesar de estar aceptadas por la sociedad, su aplicación continúa generando numerosos debates éticos.

No hay duda que la esterilidad humana seguirá estando en la base de las técnicas de reproducción humana asistida, hemos entrado en el ámbito de la medicina del deseo y de la conveniencia, es decir que los métodos de procreación artificial no curan la esterilidad, y que tan solo se dirige a satisfacer el deseo de tener hijos, unido a la modernidad del placer y del individualismo.

El éxito de este procedimiento de fecundación alcanza un 35%, siendo lo normal en relaciones naturales de hombre y mujer un 25%, el éxito va a depender en gran medida del equipo del laboratorio que realiza la inseminación.

Los niños nacidos por esta nueva forma no natural, no presentan diferencias frente a sus coetáneos.

La TRA se justifica porque dice dar soluciones a numerosos matrimonios que no pueden tener hijos y esto les produce sufrimiento psicológico, biológico y social.

En España es Victoria Anna la primera niña probeta que nace en la Clínica Dexeus de Barcelona en 1984, supervisado por el Dr. Pedro Barri y la Dra. Anna Veiga, bióloga.

Cuando se reforma la Ley sobre reproducción humana asistida en 2006, España es el tercer país Europeo después de Francia y Alemania en traer niños al mundo de esta forma.

La fecundación se realiza en un medio de cultivo basado en el flujo tubárico humano para facilitar el contacto de óvulo y espermatozoides. Transcurridos de 18-20 días después de la inseminación, se comprueba si se ha producido la fecundación o no, para que luego los correctamente fecundados se mantengan en las condiciones adecuadas para su transmisión normalmente en uno o dos días, descartando los que no sean correctos o viables. En España solo pueden transferirse de 1 a 3 embriones y la crioconservación es parte esencial de los tratamientos de RHA, ya que permite poder utilizarlos posteriormente.

Hay diferentes modalidades de reproducción artificial: IA homóloga, la IA heteróloga, la FIV homóloga, la FIV con semen del donante y la FIV con donación de óvulos. También la llamada transferencia intratubárica y la transferencia nuclear. Se elegirá la más adecuada en cada caso.

Los embriones sobrantes llamados preembriones que no son transferidos podrán crioconservarse y los destinos serán para su utilización por la propia mujer o cónyuge, donados con fines reproductivos, o utilizados para la investigación dependiendo solo del consentimiento y del plazo previsto que pueden permanecer crioconservados.

Aunque se lleve mucho tiempo investigando en la FIV y en sus diferentes

aplicaciones, las TRA ofrecen riesgos tanto para la salud de la mujer como para la del bebé. No hay que olvidarse que su aplicación es una operación quirúrgica y como tal puede tener complicaciones.

Sin embargo, no es la única complicación, pueden aparecer problemas graves para la salud de la mujer como el SHO, un aborto espontáneo, un embarazo ectópico, un embarazo múltiple, estrés psicológico, gestosis o toxemias gravídicas, diabetes, insuficiencia renal, infecciones genitales, torsión o rotura de ovarios, hemorragias o lesiones viscerales, entre otras. Además, el bebé también puede sufrir malformaciones cuando se conciba una gestación múltiple. Especialmente, se ha profundizado en el SHO y en la gestación múltiple, que es la complicación más importante asociada a las TRA dada su frecuencia y los problemas asociados a los recién nacidos.

Por lo tanto, aunque se lleve investigando mucho tiempo en las TRA y su aplicación esté aceptada y aplicada de forma generalizada durante las últimas décadas, éstas continúan generando algunos riesgos. Durante el proceso, tanto las madres como el ser que va a nacer pueden sufrir complicaciones que afecten a su vida.

Además de ser un método para tener hijos que está muy lejos de la naturaleza de la fecundación, implica algunas complicaciones que se pueden agravar y convertirse en problemas serios.

La mujer puede sufrir, entre otras dolencias, el SHO, un aborto espontáneo, gestosis o toxemias gravídicas o embarazo múltiple.

Especialmente, en este último caso, además, las consecuencias pueden derivar en la persona que va a nacer puede sufrir malformaciones. Son, por tanto, riesgos que, junto al procedimiento de fecundación artificial, generan múltiples debates éticos.





#### 4.1. LA LEGISLACIÓN Y SUS LÍMITES

Hoy debido a la legislación existente en España, muchas personas piensan que existe un derecho a la procreación, y que este derecho no tiene límites. Lo primero que hay que preguntarse es si el hijo es un don o un derecho. Si es un derecho, podemos realizar cualquier acto para tenerlo; además de ser un derecho natural que ningún Estado puede otorgar o quitar: ha existido y seguirá existiendo en toda la historia de la humanidad. Entonces, en una hipótesis absurda, podría afirmarse que si en realidad tener hijos fuese un derecho natural, antes de estas técnicas habría sido lícito comprar hijos.

En cambio, si el hijo es un don, por más que se desee, dicho don puede no ser otorgado. Si es así, es lícito superar obstáculos de acuerdo a la naturaleza ontológica que poseemos, es decir, dentro del marco procreativo de la unión conyugal, y emplear el conocimiento científico para ayudar a la naturaleza biológica, pero no para sustituirla. Las técnicas de reproducción asistida no son terapéuticas, no curan la infertilidad o esterilidad, ya que después la pareja seguirá siendo infértil. Sólo logran la concepción del hijo algunas veces y, en ocasiones, con consecuencias tan graves como suprimir o congelar la vida de otros posibles hermanos.

En la reproducción asistida se antepone el deseo de ser padres biológicos al derecho del hijo a ser procreado de una forma digna, es decir, de acuerdo a su esencia y naturaleza de persona, con unos padres conocidos y a ser formado en una familia. Se desentiende de los derechos del hijo y no regula las posibles repercusiones de estas técnicas en él. No existe una necesidad vital de procrear, ni nadie posee un derecho absoluto e incondicionado a tener un hijo, ya que ninguna persona es debida a otra, como si fuese un bien instrumental. El legítimo deseo de un hijo debe ir acompañado de la responsabilidad para buscar las mejores condiciones para su concepción y desarrollo como persona. Sería contrario a su dignidad tratarlo como un objeto de propiedad en vez de como un sujeto personal de derechos. No existe un derecho humano a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio, sería contrario a la dignidad del hijo.

Entender a un hijo como un derecho propio implica su cosificación, y una relación de dominio del padre sobre el hijo. Al venir a este mundo nos coloca en un plano de igualdad con nuestros padres, que no pueden hacer activamente nada por escogernos tal y como somos, con nuestras características genéticas particulares, ni por llamarnos a la vida justo cuando ellos lo desean.

Afortunadamente, las leyes naturales se encuentran por encima de los padres y regulan los nacimientos, de forma eficaz, propiciando un adecuado equilibrio biológico. Por tanto, no son los padres los que tienen derecho a tener hijos, sino que son los hijos los que tienen derecho a tener unos padres.

El ser humano tiene derecho a ser generado como una persona, y no a ser fabricado como una cosa o un animal. Por eso es rechazable la FIV con transferencia de embrión. En este sentido, el catedrático Jesús Ballesteros, de la Universitat de València es categórico: "No existe un derecho a tener hijos. Tenemos derecho a las cosas, a los objetos, a una vivienda digna, a una educación, pero... ¿Cómo se puede tener derecho a un hijo? Un hijo es un sujeto, un ser humano, y no un objeto y precisamente la FIV lo que hace es convertir a los hijos en objetos". Continúa diciendo que "El hijo como algo producido y no engendrado chirría, porque tiende a la categoría de cosa al introducirse el criterio de "control de calidad".<sup>1</sup> El embarazo es buscado a toda costa, sin reparar en daño, la FIV es una de las más temibles productoras de muertes. La vida humana es digna y defendible desde el momento de su concepción, no importando la forma como ésta se produce. No se puede negar que tener un hijo es un don, más que un derecho propiamente dicho y si lo interpretamos como un derecho que se puede ejercer, este debe tener los límites que impone la dignidad humana de la persona. A continuación se va a indagar estos límites.

El reconocimiento de la dignidad de la persona en virtud de su naturaleza humana tiene lugar fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial y es precisamente en los textos internacionales sobre derechos humanos donde se recoge por vez primera para extenderse posteriormente a diferentes constituciones.

---

<sup>1</sup> BALLESTEROS LLOMPART J., "La humanidad *in vitro*", en BALLESTEROS LLOMPART J. (coord.), *El estatuto ontológico del embrión*, Madrid, Comares, 2004 pp. 225-241.

El primer texto internacional que constituyó un hito indispensable en la creación de un mundo en el que todas las personas puedan vivir conforme a su dignidad, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>2</sup> adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1948, cuyo preámbulo se abre con la siguiente afirmación: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Sin lugar a dudas, este artículo es la pieza angular de todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE. Dentro del sistema constitucional es considerado como el punto de arranque, como *prius* lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento de los demás derechos tal y como se reconoce en el fundamento jurídico 3 de la STC 53/1985, de 11 de abril. En el análisis del apartado primero del artículo 10, se observa en primer término la referencia a la dignidad de la persona, como valor inherente a la misma, que consiste en el derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás como se estableció también en el fundamento jurídico 3 de la citada STC 53/1985, de 11 de abril.

Además, la dignidad de la persona debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar –STC 120/1990<sup>3</sup>, de 27 de junio, fundamento jurídico 4 y STC 57/1994, de 28 de febrero, fundamento jurídico 3 A–. De modo que la CE salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo

---

<sup>2</sup> La bibliografía sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos es amplia. Como obra de síntesis, se recomienda GÓMEZ, F. / ORAÁ, J., *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.

<sup>3</sup> Véase SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., "Sentencias constitucionales sobre la muerte digna: STC 120/1990, de 27 de junio", en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 226-258.

[...] aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana".<sup>4</sup>

Las características de la dignidad esencial de la persona, como valor superior, pueden resumirse en las siguientes: en primer lugar, la dignidad del ser humano es cualitativamente superior a la del resto de seres; en segundo lugar, y en consecuencia con lo anterior, la dignidad humana no admite grados, por lo tanto todos los seres humanos, por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad, sin que pueda devaluarse la dignidad del individuo o de grupos de personas y considerarlos de inferior condición con respecto a los demás. En tercer lugar, el respeto a esta dignidad es el fundamento de todo Derecho positivo ya sea estatal o internacional; es necesario, pues, acomodar cualquier norma del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad de la persona. Por último, la dignidad humana es irrenunciable, indisponible y se conserva hasta el mismo momento de la muerte. A la vez establece unos límites en el ejercicio de los derechos: el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Conviene, por último, precisar cuáles son los textos internacionales sobre derechos humanos utilizados por nuestro TC en su labor hermenéutica. En primer lugar, el artículo 10.2 hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), Nueva York, con fecha 10 de diciembre de 1948. Aunque el TC únicamente ha hecho referencia a unos pocos artículos de la misma en unas treinta sentencias y casi nunca con alcance determinante para el fallo. Además, en la mayoría de los casos la Declaración se ha utilizado junto con otros textos internacionales. En segundo lugar, este precepto alude a los tratados y acuerdos ratificados por España sobre las mismas materias. Muchos son los tratados ratificados por nuestro país que afectan a derechos y libertades. Seguidamente, se citan los más utilizados por el TC:

–1º Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>5</sup> adoptado y abierto a

---

<sup>4</sup> BOE N° 197 de 18 de agosto de 1994, p. 4. STC 242/ 1994, de 20 de junio, fundamento jurídico 4, en el mismo sentido, STC 107/1984, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 2 y STC 99/1985, de 30 de septiembre, fundamento jurídico 2.

<sup>5</sup> Véase, entre otros, NOWAK, M., "El pacto internacional de derechos civiles y políticos", en PUREZA, M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 161-184 y RUILOBA ALVARIÑO,

la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977.<sup>6</sup> Ha tenido una incidencia muy importante en la labor interpretativa del TC.

–2º Segundo Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 44/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1989. Instrumento de ratificación de 11 de abril de 1991.

–3º Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968.

–4º Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas el 28 de julio de 1951.<sup>7</sup> Instrumento de adhesión de 14 de agosto de 1978.

–5º Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de 14 de agosto de 1978.

–6º Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, hecha en Nueva York, adoptada por la resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo

---

J., "El pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2011, pp. 115-168.

<sup>6</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 1977

<sup>7</sup> Véase, como obra clave, A.A.V.V., *El cincuentenario del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y el Ministerio de Asuntos Exteriores de España*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2001.

de 1966. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968.-<sup>8</sup>

-7º Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, adoptado en virtud de la resolución 640 (VII) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, 31 de marzo de 1953. Instrumento de adhesión de 14 de enero de 1974.-<sup>9</sup>

-8º Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en virtud de la resolución 640 (VII) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, 31 de marzo de 1953. Instrumento de adhesión de 14 de enero de 1974.<sup>10</sup> Utilizada por el TC a la hora de perfilar la discriminación por razón de sexo. Por ejemplo en la STC 317/1994, de 28 de noviembre.

-9º Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la resolución 39/461 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 en Nueva York. Instrumento de ratificación de 21 de octubre de 1987.<sup>11</sup> Se emplea en varias sentencias del TC, para definir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, con motivo de una supuesta vulneración del artículo 15 STC 120/1999, de 27 de junio, fundamento jurídico 9 y STC 137/1990, de 19 de julio, fundamento jurídico 7.

-10º Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>12</sup> adoptada por la resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 en Nueva York. Instrumento de ratificación de 6 de diciembre de 1990.<sup>13</sup> Bastantes sentencias del TC utilizan como parámetro interpretativo dicha convención, entre otras, STC 67/1998, de 18 de marzo.

---

<sup>8</sup> BOE nº 268, de 9 de noviembre de 1987.

<sup>9</sup> BOE nº 97, de 23 de abril de 1974.

<sup>10</sup> BOE nº 97, de 23 de abril de 1974; corrección de errores en BOE de 22 de agosto de 1974.

<sup>11</sup> BOE nº 268 de 9 de noviembre 1987.

<sup>12</sup> Como obra de alcance que recopila la legislación sobre los Derechos del Niño, véase CARDONA LLORENS, J., "La convención sobre los derechos del niño. Significado, alcance y nuevos retos", en *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, nº 30, 2, 2012, pp. 47-68.

<sup>13</sup> BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

-11º Los diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que tienen una incidencia notable en el terreno de los derechos de los trabajadores. El TC hace referencia a los mismos en unas cuarenta sentencias. Entre otras, la STC 197/1998, de 13 de octubre, fundamento jurídico 3.

Otros convenios de interés de ámbito internacional son:

-1º Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979.<sup>14</sup> Sin lugar a dudas este convenio ocupa un papel destacado en la interpretación de los derechos y libertades, es citado por nuestro TC en más de ciento ochenta sentencias. Conviene tener presente además, que este Convenio tiene a su vez cómo intérprete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ello es habitual que el TC se remita a la jurisprudencia del mismo para aclarar el contenido y los límites de los derechos y libertades. Podemos citar, entre muchas otras, STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento jurídico 4, STC 89/1987, de 3 de junio, fundamento jurídico 2 y la STC 115/1993, de 6 de mayo, fundamento jurídico 2.

-2º Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 1990.<sup>15</sup>

-3º Protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Instrumento de ratificación de 20 de diciembre de 1984.<sup>16</sup>

-4º Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980.<sup>17</sup> Se cita en pocas decisiones del TC y con escasa relevancia en la fundamentación jurídica. Entre otras STC 229/1992, de 14 de diciembre.

---

<sup>14</sup> BOE nº 243 de 10 de octubre 1979.

<sup>15</sup> BOE nº 11 de 12 de enero 1990.

<sup>16</sup> BOE nº 92 de 17 de abril de 1985.

<sup>17</sup> BOE nº 153 de 26 junio 1980.

–5º Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000.<sup>18</sup>

De todos estos textos, tan elaborados no han podido poner más límites en la legislación española que lo indicado en nuestro Código Penal –en adelante, CP– vigente.

Tomando como referencia el año 2014, vamos a ver qué límites existen en estos momentos en nuestra legislación, para el derecho a la procreación y el derecho a nacer, debemos ver punto por punto los artículos de nuestro CP español con sus reformas, donde contemplamos los artículos 157 y 158,<sup>19</sup> de las lesiones al feto y los artículos 159 a 162,<sup>20</sup> delitos relativos a la manipulación genética.

Primero el artículo 157 del CP reza que "el que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación

---

<sup>18</sup> BOE Nº 99 de 25 de abril de 2000, Corrección de errores en BOE Nº de 13 de septiembre.

<sup>19</sup> Véase en este sentido, OLMEDO CARDENETE, M. D., "Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código Penal español", en PERIS RIERA, J. M. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. / MORILLAS CUEVA, L., *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro homenaje al profesor Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, pp. 267-278.

<sup>20</sup> Véase en este sentido BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "La alteración del genotipo como delito. Análisis del artículo 159 del Código Penal español de 1995", en *Revista de estudios jurídicos*, nº 1, 1998, pp. 41-68; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español", en ROMEO CASABONA, C., M., *Genética y derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001, pp. 169-200; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: (análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal*, Universitat de València / Universidad de Cádiz, Valencia / Cádiz, 1999 y MUÑOZ CONDE, F. J., "Sobre la aplicación del "exceptio veritas" al delito previsto en el artículo 161, 1º, del vigente código penal", en *Cuadernos de política criminal*, nº 17, 1982, pp. 257-262.



especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años".

Después, se establece la norma del artículo 158 –Según la reforma Ley Orgánica 15/2003 en vigor a partir del 1-X-2004–; en cuestión:

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto [...]

Dentro de delitos relativos a la manipulación genética, nuestro CP vigente hasta 2014, indica en su artículo 159 que:

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.
2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

Más adelante, en el artículo 160 se expone que:

1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.
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.

3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.<sup>21</sup>

A continuación, en el Artículo 161 se recoge que:

1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.<sup>22</sup>

Por último, en el Artículo 162 se exponen los delitos aplicables:

En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.<sup>23</sup>

Al recordar nuestro CP,<sup>24</sup> hoy vigente incluso después de la aprobación de

---

<sup>21</sup> Artículo 160 redactado por el apartado quincuagésimo sexto del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004, hasta 2013.

<sup>22</sup> Artículo 161 redactado conforme establece el apartado quincuagésimo séptimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 26 noviembre). Su contenido literal se corresponde con el del anterior artículo 162. Vigencia: 1 octubre 2004.

<sup>23</sup> Artículo 162 redactado por el apartado quincuagésimo octavo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E., 26 noviembre). Vigente hasta 2013.

<sup>24</sup> Véase AA.VV., *Código Penal y legislación complementaria*, Cívitas Ediciones, 37ª edición, 2011.

la nueva LTRA 14/2006, no se puede omitir un comentario a la STC de 17 de junio de 1999, donde intenta resolver el recurso de inconstitucionalidad de la ley anterior de 1988, donde podemos encontrar que no admite la inconstitucionalidad de la misma de forma absoluta pero sí parcialmente.

Los no nacidos, parece que no tienen consideración en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida del artículo 15 de la CE, pues se permite la manipulación de embriones y la muerte de millones de ellos, mediante la reproducción *in vitro*, hoy totalmente legal en nuestro país ¿Qué se entiende como feto?, de ahí que el CP solo hable del feto y el embrión no sea tenido en cuenta como el inicio de la persona.

Sin embargo se tiene que indicar que sí aparecen como bienes jurídicos constitucionalmente protegidos como la STC 212/1996 en el fundamento jurídico 3º. Donde aparece también la condición constitucional del *nasciturus* es exactamente en el fundamento jurídico 7 de la STC 53/1985 que recuerda la protección como bien jurídico, y que implica que el estado tiene la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma, por lo que mantenemos que la Sentencia del Tribunal STC 116/1999, no aclara el sistema legal de defensa de la vida.

En la jurisprudencia del TC hay afirmaciones que confirman esta interpretación. Así en la STC 53/1985 se lee: "Nuestra Constitución ha elevado [...] a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)" Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". Y concluye el TC en el fundamento jurídico 8 de la citada sentencia:

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general [...].

La STC 53/1985 caracterizó la dignidad de la persona en su fundamento

jurídico 3 como "germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes". Lamentablemente el legislador se apoya con la mayoría absoluta del Congreso que exige la constitución para aprobar las Leyes Orgánicas, (Art. 81.2 CE). En casos como nos ocupa se debería hacer una excepción solicitando unas mayorías reforzadas.<sup>25</sup>

No se debe negar que todos los llamados progresos en la experimentación genética han ocasionado una alarma social que, por una parte, se espera que puedan contribuir para resolver problemas médicos y, por otra, que esta resolución de problemas para el ser humano no sea por otra parte un "contra el mismo". Para ello debe de reglamentarse jurídicamente, fijando unos límites, que en este momento solo lo encontramos en estos artículos indicados en nuestro CP, que son insuficientes, solo podemos afirmar que CP español recoge en sus artículos 159 al 162 la prohibición de clonar embriones o fetos humanos con "cualquier finalidad", por lo que se incluye tanto la clonación con fines reproductivos como terapéuticos.

Así, el artículo 161 del CP establece penas de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 1 a 4 años para acceder a cargos públicos, por la creación de seres humanos por clonación "y no hay excepción posible", siempre que exista denuncia. Si existe autorización para la clonación de células madres que generan tejidos, pero que no forman parte del embrión humano, pues se castiga la clonación humana, no la de células somáticas, que permiten crear tejidos, tampoco se prohíbe la clonación de animales. A nuestro parecer debe ser analizado a la luz del bien jurídico protegido, la vida humana, desechando todas aquellas intervenciones de tipo celular que no sea un ser humano, las cuales si están permitidas.

El problema radica en la interpretación de la prohibición de alterar el genotipo, sería conveniente proponer una interpretación restrictiva del término genotipo. Se está ante un delito de resultado, con la consiguiente afectación del bien jurídico "integridad de la especie y su normal desarrollo", pues sino la alteración del genotipo no ostentaría interés penal. Solo está permitida la alteración del genotipo si elimina o disminuye una enfermedad grave, y ¿Cuándo

---

<sup>25</sup> STC 166/1999; BOE Número 162, jueves 8 de julio 1999.

se considera enfermedad grave?

La doctrina se encuentra dividida en estos momentos, incluso en el planteamiento inicial de cuál es el bien jurídico protegido, unos indican que se protege la propia supervivencia de la especie humana, otros que se está comprometiendo la supervivencia de la especie humana. De hecho en el artículo 160 el legislador recoge la prohibición mediante genética de cualquier arma biológica. La Constitución Europea, garantiza la protección de la triple perspectiva del ser humano: individual, la social y la correspondiente a parte de la especie biológica a la que pertenece la especie humana.

La fecundación mediante TRA están previstas en la ley, y nos habla de preembrión y embrión, como si de objetos se tratara no de futuros sujetos de derecho. La posibilidad de crear pre embriones no destinados a la procreación, es decir óvulos humanos como reza en el CP. Pero todavía nos preguntamos qué bien jurídico está aquí protegiendo el CP, así González-Cussac, considera que los delitos relativos a la manipulación genética protegen en general la vida humana prenatal, si bien considera en cada uno de los tipos un bien jurídico específico en el caso del delito que estamos analizando, sitúa la identidad o irrepetibilidad del ser humano.<sup>26</sup> Así se ha señalado que el bien jurídico protegido es la vida humana prenatal de complicada defensa sobre todo si se atiende a que el óvulo fecundado por sí no goza de protección penal ya que la tutela de la vida humana dependiente se ha situado en el momento de implantación del óvulo fecundado. No toda la doctrina lo interpreta, por otro lado, Romeo Casabona considera que el bien jurídico protegido es el mismo embrión, aunque hoy resulta poco compatible con la legislación vigente que permite la investigación con pre embriones sobrantes.<sup>27</sup>

Otros autores van más allá sosteniendo que el objeto que tutela el artículo 160.2 del CP, ha de situarse en la dignidad humana como bien jurídico que muestra un paralelismo con el debido respeto a la memoria de los muertos del delito de profanación de cadáveres, de los que más tarde hablaremos.

---

<sup>26</sup> AA.VV., *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, vol. I, p. 831.

<sup>27</sup> ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, pp. 309-310.

Tan solo nos falta comentar el delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer recogido en el artículo 161 de nuestro CP, que parece querer proteger la libertad de la mujer, o concretamente la libertad de no ser fecundada en contra de su voluntad.

Estos son los únicos límites que pone nuestra legislación vigente, algunos artículos del CP a la FIV, debido como indica el Dr. D. Roberto Germán Zurriarán, la legislación española de forma progresiva ha desprotegido la vida humana embrionaria.<sup>28</sup> A continuación se expondrán las leyes que han regulado o regulan el empleo de las técnicas de reproducción asistida humana y también las que han legislado la protección jurídica del embrión.

---

<sup>28</sup> GERMÁN ZURRIARÁIN, R., "La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: De la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2207", *Cuadernos de Bioética*, Vol. 20, nº 69, 2009, pp. 155-182.

### 5.1. ÁMBITO LEGAL BÁSICO

Antes de la promulgación de la primera LTRA, la biomedicina española contaba con algunas normas reguladoras dignas de mención. La ordenación de los avances biomédicos se había inaugurado con la Ley de Trasplantes de 1979,<sup>1</sup> considerada en su día como una de las más progresistas del mundo.

Por otra parte, a mediados de los 80, el gobierno socialista sometió al sistema público de salud a una profunda revisión mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Esta ley se hizo eco de la doctrina más reciente sobre los derechos de los enfermos. La Carta de los Derechos del paciente recogida en el artículo 10 de dicha Ley, supuso la consagración del principio de autonomía del usuario y la condena definitiva del viejo sistema basado en el paternalismo médico, que había regido las relaciones médico-paciente durante siglos. En esta época se revisaron y se completaron los repertorios de prestaciones ofrecidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y se llevaron a cabo las transferencias de los centros y del personal sanitario a las Comunidades Autónomas del País Vasco, Navarra y Cataluña.

Igualmente, se constituyó una Comisión en el Congreso de los Diputados para el estudio de los problemas morales y jurídicos de la reproducción asistida. Esta comisión convocó a expertos de distintas especialidades, que presentaron informes sobre varios aspectos de las técnicas de asistencia a la reproducción humana. La actividad de dicha comisión se prolongó durante seis meses, de septiembre de 1985 a marzo de 1986. Su presidente M. Palacios redactó un Informe final que fue aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986 y posteriormente publicada como libro. El 5 de mayo de 1987, el grupo socialista del Congreso presentó dos Proposiciones de Ley, una

---

<sup>1</sup> Véase MATESANZ ACEDOS, R., "25 años de la Ley de Trasplantes", en *Jano: Medicina y Humanidades*, vol. 67, nº 1542, 2004, p. 10 y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., "Consideraciones sobre la Ley de trasplantes de órganos de 27 de octubre de 1979 y el Reglamento que la desarrolla de 22 de febrero de 1980", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1984, pp. 1162-1168.

sobre "donación y utilización de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos y órganos"; y otra "sobre técnicas de reproducción humana asistida". Ambas fueron admitidas a trámite.

La propuesta de LTRA seguía muy de cerca las recomendaciones del informe de la comisión especial. Tras el debate en las Cortes Generales, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre LTRA se publicó en el BOE de 22 de noviembre de 1988. Poco después el 28 de diciembre de 1988 se aprobó la Ley 42/1988, de 28 de diciembre "sobre donación de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos". Ambas leyes fueron acogidas con indiferencia por la sociedad, quizá porque el gobierno ante la desconfianza en la madurez de la opinión social, procedió con cierto paternalismo, negándose a promover el debate social informado, y sustituyéndolo por la opinión de los expertos. En cualquier caso, aunque la sociedad no se pronunció, si lo hicieron determinados colectivos que se sentían directamente afectados por la ordenación de la biotecnología y que reaccionaron con cierta virulencia. Fue el caso de la Iglesia Católica.

La clase médica la recibió con agrado, al considerarla como una ley adecuada y progresista, que permitía al estado colocarse a la cabeza del desarrollo de la reproducción asistida en Europa. También los juristas reaccionaron. En general se decía que se trataba de una ley que adolecía de deficiencias técnicas; lo que unido al apresuramiento en su confección y al escaso debate parlamentario, apuntaba a una excesiva delegación en la aplicación de dichas normas en los operadores sanitarios. Esta Ley fue parcialmente modificada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP. La disposición final 3a de esta última transformó el régimen sancionador de la LTRA suprimiendo algunas infracciones administrativas, en concreto, las contempladas en las letras a), k), l) y v) del apartado 2 B del artículo 20 y convirtiendo en tipos penales las conductas descritas en aquéllas. Dichas conductas están agrupadas en el Título V del Libro II bajo la rúbrica "Delitos relativos a la manipulación genética".

Debido a la falta de legislación sobre estos temas, antes del año 1980, y con el nacimiento de la primera niña probeta, y a la ansiedad suscitada en la sociedad, el parlamento inglés encargó la confección de informes. Así nacieron el informe de la comisión Warnock en Alemania, en 1985, el informe de la comisión Benda, y al final en España el *Informe Palacios*, aprobado por el Congreso en 1986 y que fue el origen de la ley. En el año 1984, la Comisión de Investigación sobre



Fecundación y Embriología humana presidida por la filósofa Mary Warnock entregó el famoso *Informe Warnock*, nombre que tuvo en alusión a la filósofa que lo dirigió.<sup>2</sup>

En el punto central del estudio fue determinar el *status* de los embriones así concebidos y la cuestión consistió en hallar una justificación para manipularlos durante un período de tiempo. En consecuencia, hubo que dividir la etapa embrionaria en dos momentos: la propiamente humana y una precedente durante la cual ese "ente biológico" constituido en la concepción careciera de toda protección legal. En este informe de 18 de julio de 1984, se lleva a cabo la creación del concepto por la bióloga inglesa Jeanne McLare, que establecía la fecha del día 14 desde la concepción como plazo para la licitud de la experimentación con embriones. El comité, si bien declina dar una respuesta explícita a la fundamental cuestión de cuándo llega a ser una persona el embrión, claramente sostiene que la vida humana no empieza cuando se inicia la vida embrionaria. En definitiva se limitó a dar normas administrativas, rehuendo entrar en discusiones metafísicas.

En la bibliografía bioética se conoce a Warnock como responsable del término jurídico –no biológico ni médico– de "preembrión", que ha servido a los legisladores de varios países para permitir la reproducción asistida por el método de FIV con transferencia de embriones, que conlleva la creación, manipulación, experimentación y destrucción de embriones humanos, hasta el día 14 desde la fecundación, como nuestra actual ley vigente 14/2006 sobre la RAH.

Es claro que fue posteriormente cuando se comenzó a buscar argumentos que sustentaran la teoría del inicio de la vida humana a partir del día 14. Se

---

<sup>2</sup> Véase WARNOCK, M., *A Question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology*, UK, Basil Blackwell Ltd. 1985. Además, es interesante la consulta de "Informe del Comité de Investigación sobre Fertilización Humana y Embriología (Informa del Comité Warnock)", en SALLES, A. L. F. / LUNA, F., *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*. Editorial Sudamericana, [España] 1995, pp. 250-258. Véase, igualmente, MARTÍNEZ DOMINGUEZ, B. / GALARRETA LASA, J. / ORCASITAS GARCÍA, J. R., PÉREZ-SOSTOA GAZTELU-URRUTIA, M., V., "Veinte años desde el informe Warnock (1978), su impacto en la EE y en la formación de profesionales", en A.A.V.V., *Educación y diversidad: XV Jornadas Nacionales de Universidad y Educación Especial*, Universidad de Oviedo, Oviedo, Vol. 1, 2002, pp. 405-412.

esgrimieron tres, pero ninguno de ellos con suficiente consistencia.

Según expertos del comité, esa fecha correspondería con hechos relevantes como:

1. La formación de la línea primitiva o neural, que indica células propiamente embrionarias.
2. Al inicio del desarrollo individual, porque no existe posibilidad de gemelación posterior.
3. Las células del embrión pierden su capacidad totipotente, y comienzan a diferenciarse.

Según señala el mismo informe Warnock, el límite es arbitrario y de menor importancia en la cuestión a definir, ya que podría haber sido también el día 15.

En Inglaterra se aceptó la definición de pre embrión de forma expresa en 1986, en el primer informe publicado por la Voluntary Licensing Authority. En dicho informe se considera pre embrión a las células en división (tras la fecundación) hasta la formación de la línea embrionaria primitiva, lo que señala el comienzo de la organogénesis. El propósito fue regular legalmente la creación y manipulación de embriones humanos, para dar seguridad jurídica a la reproducción asistida y a la utilización de células embrionarias con vistas a desarrollar terapias.

En España son varias las leyes que fueron surgiendo debido a este informe. Ahora se nombrarán sin entrar en detalle, pues se abordarán más adelante:

–Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Ley de Reproducción Asistida, hoy derogada.<sup>3</sup>

–RD 412/1996 de 1 de marzo, por el que se establecen los Protocolos de Estudio Donantes de Gametos y Usuarios de Técnicas de Reproducción Asistida.<sup>4</sup>

–RD 413/1996 de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos para la Homologación de centros y servicios relacionados con las Técnicas de

---

<sup>3</sup> BOE Núm. 282, 24 de Noviembre de 1988, 33373-33378. Corrección de errores BOE N<sup>o</sup> 284 de 26 de noviembre de 1988.

<sup>4</sup> BOE Núm. 72, 23 de marzo de 1996, pp. 11253-11256.

Reproducción Asistida.<sup>5</sup>

–Orden de 25 de marzo de 1996 por el se establecen las Normas de Funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Pre embriones<sup>6</sup>

–RD 415/1997de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.<sup>7</sup>

–Congreso de los Diputados. Proyecto de ley 121/000025. Por la que se modifica la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.<sup>8</sup>

–Ley 42/1988 de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos de sus células, tejidos u órganos.<sup>9</sup>

–Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación.<sup>10</sup>

–RD 120/2003 de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.<sup>11</sup>

–Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias.<sup>12</sup>

–Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22

---

<sup>5</sup> BOE Núm. 72, 23 de marzo de 1996, pp. 11256-11260.

<sup>6</sup> BOE Núm. 106, 2 de mayo de 1996, pp. 15469-15470.

<sup>7</sup> BOE nº 70, de 22 de marzo de 1977.

<sup>8</sup> BOCG de 22 de diciembre de 2000, número 25-1.

<sup>9</sup> BOE, num. 314 de 31 de diciembre de 2000, pp. 36766 a 36767.

<sup>10</sup> BOE ,núm. 73 de 26 de marzo de 2002, pp. 11981 a 11991.

<sup>11</sup> BOE, núm. 40, 15 de Febrero de 2003.

<sup>12</sup> BOE, núm. 280 de 22 de noviembre, 2003, pp. 41458 a 41463.

de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.<sup>13</sup>

–RD 1720/2004 de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida.<sup>14</sup>

–Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.<sup>15</sup>

–Ley 3/2007 de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.<sup>16</sup>

–Ley 14/2007 de 3 de julio de investigación biomédica.<sup>17</sup>

–RD 42/2010 de 15 de enero por el que se regula la Comisión nacional de Reproducción Humana Asistida.<sup>18</sup>

–RD Ley 9/2014 de 4 de julio por el que se establece 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.<sup>19</sup>

En el preámbulo de la ley española 35/1988 sobre TRA se define por primera vez en España al preembrión como: "el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva". Esta ley, hoy derogada, prohibía la obtención de embriones humanos con cualquier fin que no fuera la procreación, se prohibía cualquier tipo de clonación humana, sólo se permitía la investigación con embriones muertos o

---

<sup>13</sup> BOE, núm. 282 de 24 de noviembre de 1988, pp. 33373 a 33378.

<sup>14</sup> BOE, núm. 180 de 27 de julio de 2004, pp. 27179 a 27181.

<sup>15</sup> BOE, núm. 126 de 27 de mayo de 2006.

<sup>16</sup> BOE, núm. 65, de 16 de marzo de 2007, pp. 11251 a 11253.

<sup>17</sup> BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28826 a 28848.

<sup>18</sup> BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2010, pp. 9810 a 9815.

<sup>19</sup> BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014, pp. 52716 a 52763.

no viables y se restringía el uso del Diagnóstico Genético Preimplantatorio a la selección de embriones en función de su viabilidad y con el fin de descartar su transferencia en casos de enfermedad grave.<sup>20</sup>

No contentos con la misma pues parecía que no era suficiente, se modificó parcialmente con La ley 45/2003 que pretendía solucionar el grave problema de acumulación de embriones humanos congelados, abandonados por sus progenitores en las clínicas de reproducción, así los pre-embryones podían ser destinados, además de otros fines a la investigación, debido a que no se sabía qué hacer con tantos congelados. Los embriones que se destinaran a investigación serían tratadas de acuerdo a la legislación sobre donación de órganos y tejidos y bajo el control de un centro nacional. Los embriones generados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley sólo podían destinarse a fines reproductores de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres. También esta ley de 2003, limita a tres el número de óvulos que se podían fecundar y transferir a la mujer, además las parejas debían de firmar un compromiso por el que asumían la transferencia futura de embriones.

En cualquier caso, antes de iniciar un nuevo tratamiento, las parejas debían firmar un compromiso por el que asumían la transferencia futura de los embriones que pudieran obtenerse, previéndose que en caso de no poder producirse su transferencia serían donados a otras parejas con fines reproductivos como única opción.

En la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA, que supone una derogación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Se determinan las técnicas sobre reproducción humana asistida, la actual norma fija al efecto con un criterio más abierto, al enumerar éstas según el estado de la ciencia y la práctica clínica, que puedan realizarse hoy día, haciendo especial hincapié en el diagnóstico genético preimplantacional. Igualmente, se hace oportuna referencia a la información y a la plasmación documental del correspondiente consentimiento que la aplicación de tales técnicas exigen;

---

<sup>20</sup> En este sentido es muy interesante la consulta de VIVANCO SIERRALTA, L. / MARTÍNEZ, A. / JOUVRE DE LA BARREDA, N., "Valoración bioética y biojurídica del diagnóstico preimplantatatio en España", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 21, nº 72, 2010, pp. 213-230.

asimismo, se analizan, por un lado, los posibles destinos que pueden darse a los pre embriones crio conservados, así como al semen, ovocitos y tejido ovárico conservados, destacando la eliminación de los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo; y, por otro, la utilización e investigación de los gametos y pre- embriones humanos sobrantes procedentes de la aplicación de las TRA, así como la conservación de éstos en los centros de reproducción asistida correspondientes.

Igualmente, se hace referencia a los donantes y al contrato de donación y a la determinación legal de la filiación que tales técnicas suponen respecto a los hijos nacidos con base a las mismas tanto para el marido como para el varón no casado; y a los efectos que en relación, igualmente, con tales técnicas puedan suscitarse con relación a la premoriencia del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial; se hace referencia al importante papel asesor de la CNRAH y a la creación del Registro de donantes y del Registro de actividad de los centros de reproducción humana asistida.<sup>21</sup>

Las TRA que establece la ley serán aquéllas que reúnan las condiciones de acreditación científica y clínica. Éstas son relacionadas de forma expresa en el Anexo a la ley, en concreto:

1. La IA.
2. La FIV e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante, y con transferencia de pre embriones.
3. La transferencia intratubárica de gametos.

Por otra parte, se produce una notable evolución en la utilización de las TRA en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al diagnóstico genético preimplantacional, que abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad

---

<sup>21</sup> Véase BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida”, *Revista la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, pp. 40-70.

carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar pre embriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativa, puedan servir de ayuda para salvar la vida de un familiar enfermo.

Es por ello, como reza el artículo 13.1., que cualquier intervención que se pretenda con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo *in vitro* sólo podrá tener precisamente la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión con garantías razonables y contrastadas.

Esta técnica de diagnóstico preimplantacional representa tanto una medida preventiva para evitar enfermedades hereditarias graves, como con fines terapéuticos para terceras personas.

De ahí que los centros, debidamente autorizados, podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

- a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los pre embriones no afectados para su transferencia.
- b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del pre embrión (artículo 12.1).

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la CNRAH.

En el caso de aplicarse las técnicas de diagnóstico preimplantacional para otra finalidad distinta de las expuestas, o cuando se pretendan practicar las mismas en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los pre embriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros, requerirá la autorización expresa, caso por caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la CNRAH, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso (artículo 12.2). Esta autorización constituye una auténtica novedad respecto a lo dispuesto en la Ley 35/1988.

Ahora bien, las técnicas terapéuticas sobre pre embriones *in vitro* sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuestas y las haya aceptado previamente.
- b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejora o curación.
- c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busquen la selección de los individuos o de la raza.
- d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante Real Decreto.

La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la CNRAH.

Ya, no sólo las técnicas de reproducción asistida responden para resolver problemas de infertilidad, sino que se va más allá y se emplean también para selección genética de embriones compatibles.

En este contexto, las TRA se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, que las mismas no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

En todo caso, la información y asesoramiento sobre las citadas técnicas deberá proporcionarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes y debe alcanzar los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de tales técnicas, deberán hacerlo por escrito, y de manera libre, consciente y expresa. Si estuvieran casadas precisarán también del consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separadas legalmente o de hecho, y así conste de manera fehaciente.

El consentimiento del cónyuge prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá igualmente reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

El consentimiento prestado por tales sujetos, sobre todo, el de la mujer, es lo



que podría denominarse consentimiento polivalente o poli funcional, en la medida que puede cumplir diferentes funciones: por ejemplo, como indica Alkorta Idiákez el consentimiento de la mujer usuaria de las técnicas puede ser, simultáneamente, autorización de los actos médicos realizados sobre su cuerpo, y asunción de la prohibición de impugnar la filiación del hijo nacido a consecuencia de la fecundación, si ésta se ha realizado con semen del donante.<sup>22</sup> De acuerdo con esto, un mismo consentimiento puede ser abordado, en función de sus efectos, desde varias perspectivas diferentes: la de la autorización del acto médico, la relativa a su incidencia en las relaciones de filiación y paternidad o maternidad y, también, la estrictamente atinente a la propia realización de las técnicas. Ello, con la advertencia ya realizada, de que no todas estas funciones están presentes en todos los consentimientos relevantes respecto a las TRA: así, en muchos casos, el consentimiento emitido por el varón no es autorización del acto médico, pero sí es determinante respecto a las relaciones de filiación.

Sin embargo, respondiendo a la reforma operada por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, establece el artículo 6 de esta ley que la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Por su parte, la Disposición adicional 5a establece como usuarias igualmente a las personas con discapacidad así señala la citada disposición que con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las TRA.

Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formato accesibles apropiados a sus necesidades. Se exige que se presten los consentimientos por

---

<sup>22</sup> ALKORTA IDIAKEZ I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 238.

escrito, siendo válido cualquiera que sea su forma,<sup>23</sup> pese a que no falta algún autor que considere insuficiente el documento privado, y que para dotar al acto de certeza y fortalecer su seguridad, sería adecuado que se prestase en documento público ante notario, en concreto, en escritura pública.<sup>24</sup> De no existir los consentimientos legalmente exigidos, determina tal falta consecuencias de índole diversas: así, por ejemplo, la falta de consentimiento de la mujer puede tener consecuencias penales (artículo 162.1 CP), o administrativas, pues, se considera infracción grave en el artículo 26.2 b) 3 la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas en esta ley.

La RHA repercute en el derecho y en la realidad biológica, como hemos podido comprobar.

Desde un punto de vista jurídico, la ley española, 35/1988 pionera en Europa en su momento, ha sido fuertemente criticada y fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad<sup>25</sup> por cuestiones que se refieren a la posibilidad de utilización de las técnicas por una mujer sola, por aspectos relativos al anonimato y la filiación<sup>26</sup> y por el mismo rango de la norma, que fue resuelto de forma que no aclaró, prácticamente nada. Si bien esta ley supuso un avance al regular específicamente la utilización de las mencionadas técnicas, cosa que solicitaban principalmente los necesitados de saber cuál era el marco legal al que debían adaptarse médicos, clínicas y laboratorios implicados. Además de proporcionarles

---

<sup>23</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE C., "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en Cuadernos de Derecho Judicial [Ejemplar dedicado a: *El juez civil ante la investigación biomédica* / coord. por ABEL LLUCH, X.], nº 10, 2004, p. 262.

<sup>24</sup> PÉREZ MONGUE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 145.

<sup>25</sup> El 24 de febrero de 1989 fue presentado por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

<sup>26</sup> La discusión ha llegado a enfrentar en nuestro país al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional. Sobre la libre investigación de la paternidad y la negativa a someterse a las pruebas biológicas, véanse las sentencias del tribunal supremo de 4 de abril de 1986 y de 9 de junio de 1991 y la sentencia 7/1994 de 17 de enero, del Tribunal Constitucional de gran importancia en este sentido.

seguridad jurídica, la ley supuso un importante aval, pues como es sabido el derecho posee una función legitimadora de aquellas conductas que regula y no prohíbe.

La ley trata de proteger los derechos fundamentales de padres, hijos, donantes de material genético y de las madres subrogadas, y está basada en la finalidad de la protección de la criatura antes que en el punto de vista de la pareja. La cuestión de la paternidad se resuelve siguiendo un criterio de atribución de la paternidad formal: deriva de haberla aceptado previamente y por escrito –en documento auténtico– al acceder a las técnicas. En cuanto a los donantes, la ley establece la gratuidad y el centro es el responsable de los datos de salud, ya que cualquiera puede ser donante.

El principal problema, desde el punto de vista del derecho civil, estriba en si puede ser investigada o no la paternidad –en el registro civil (en adelante RC) no aparece mención alguna–; aunque se sepa quien es el donante del material genético no se puede hacer reclamación alguna. Si bien está claro que el padre que consintió en la utilización de las técnicas de procreación asistida no puede rechazar su paternidad por cuestiones genéticas, el hijo, ¿puede investigar?

El artículo 5.5 de la ley permite la información general sobre el donante pero no su identificación; esta es una de las razones de impugnación de la ley; la solución adoptada estriba en no impedir la investigación pero no concederle efectos legales. Como queda patente la reproducción asistida presenta problemas que exceden de los estrictamente jurídicos, aún dejando de lado los inconvenientes derivados de su capacidad para facilitar formas de procreación y de investigación no deseables, como las prácticas eugenésicas,<sup>27</sup> la clonación o las manipulaciones genéticas no terapéuticas que son contrarias al derecho a heredar un patrimonio genético no alterado y que entran en conflicto con el principio de justicia intergeneracional.

La opinión de la sociedad ante la reproducción asistida en la actualidad es de aceptación generalizada. De ahí la existencia de la actual Ley 14/2006 sobre TRA. Sin embargo en el trasfondo de éstas, existen concepciones morales y

---

<sup>27</sup> Véase DE VILAINÉ, A. M., “Experts et législateurs de la normalité de l’être humain: vers un eugénisme discret”, en AA.VV. (dir. TESTAR, J.), *Le magasin des enfants*, F. Bourin, París, 1990, pp. 140-156.

éticas.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> CASADO, M., "Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho", en *Papers*, 53, 1997, pp. 37-44.

## 5.2. ANÁLISIS DE LA PRIMERA LEY EN ESPAÑA SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA: LEY 35/1988 DE 22 DE NOVIEMBRE.

Se empezó a legislar tarde en España, diez años después del nacimiento en el Reino Unido de Louise Brown, pero a pesar de ello fue una de las más abiertas de Europa.

La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre TRA,<sup>1</sup> que cubrió el vacío existente en nuestro país, por aquel entonces retrasado en normativa relacionada con los avances de la biomedicina y sus tecnologías. En dicha normativa se regulaba por primera vez en España la aplicación de técnicas de reproducción asistida como la IA o la FIV así como ciertas prácticas de investigación con gametos y embriones humanos.

A pesar de ser una de las leyes más permisivas de su época, prohibía la obtención de embriones humanos con cualquier fin distinto a la procreación, además de prohibir cualquier tipo de clonación humana. Sólo se permitía la investigación con embriones muertos o no viables y se restringía el uso de técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio con el objetivo de seleccionar embriones según diferentes "circunstancias clínicas, terapéuticas y sociales", sin más requisitos que su aprobación en las comisiones pertinentes y con el fin de descartar su transferencia en casos de enfermedad grave. En esta norma se define la inseminación artificial, la FIV con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos. Y se indica que estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario,

---

<sup>1</sup> Véanse, nuevamente, DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C., "El diagnóstico en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre...", pp. 73-84; PALACIOS ALONSO, M., "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88)...", pp. 33-68; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., "Comentario a la ley 35/1988"...", pp. 235-255; RODRÍGUEZ CASTRO, J., "La Ley 35/1988 de 22 de noviembre,...", pp. 743-753 o GERMÁN ZURRIARÁIN, R.: "La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la ley 35/ 1988...", pp. 155-182.

que podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos, sin utilizar la palabra embrión.

La crioconservación, plantea que, por dificultades insalvables ya sea por fallos o errores cometidos durante el proceso de criogenización un número determinado de preembriones no podrán ser utilizados para procrear, con las consiguientes reservas éticas de algunos sectores de opinión, contrarios tanto a su utilización en la investigación y terapéutica como a su destrucción arbitraria, lo que niega cualquier salida a cuál será su destino ulterior.<sup>2</sup>

La ley fue muy criticada, que crea una problemática que para algunos autores puede ser calificada de orden público. Melendo dice al respecto:

La arbitrariedad en las cifras no puede resultar extraña, ya que, nuevamente, la ciencia no conoce por ahora con precisión los efectos que a largo término puede tener la congelación sobrembrión. La pérdida de embriones o, lo que tanto da, la pérdida de vidas humanas, si afirmamos que todo óvulo humano fecundado es en sí mismo una vida humana- fecundado es en sí mismo una vida humana- convierte a estas técnicas en ilícitas, pues estaremos de acuerdo en que "el asesinato de varias personas parece más grave que la procreación in-humana de una de ellas".<sup>3</sup>

De ahí que se tenga que realizar una revisión de la legislación que permite la pérdida de embriones y, por lo tanto, vidas humanas.

Existen doctorados sobre las sobre técnicas de reproducción asistida. En 2010, la Dra. Francisca Luceño Maestre defendió su tesis *Validez y utilidad del Registro de la SEF de técnicas de reproducción asistida*.<sup>4</sup> Recientemente, en 2013, defendió el Dr. Miguel Ángel Cortés Maulión su tesis *Régimen jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida. La investigación se la paternidad en México y*

---

<sup>2</sup> MORILLAS CUEVAS, L. / ORTUZA, I / PERIS RIERA, J. (coords.), *Estudios Jurídicos-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Ferrando Mantovani*, Ed. Dykinson, 2005, p. 52.

<sup>3</sup> MELENDO, T., *Fecundación in vitro y dignidad humana*, Casals, Barcelona, 1987, p. 113.

<sup>4</sup> LUCEÑO MAESTRE, F., *Validez y utilidad del Registro de la SEF de técnicas de reproducción asistida*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2010.

*España*.<sup>5</sup> Sin embargo, en estos estudios no se ha abordado el tema de la dignidad humana tal como afirma el profesor Melendo:

Esta Ley no se preocupa de que se fecunden más óvulos de los que posteriormente se vayan a transferir a la mujer, ni tampoco fija el número de embriones, ello crea que existan embriones sobrantes, con lo que se crean bancos de embriones congelados, que actualmente no se sabe qué hacer y son desechados, es decir, que la práctica habitual, por no existir norma que lo prohíba, explícitamente se ha convertido en un aborto de embriones.<sup>6</sup>

Al mismo tiempo, no se profundiza en el contenido de las leyes que forman el régimen jurídico de las TRA.

La Ley 35/1988 estableció un período máximo de mantenimiento de 5 años. La principal controversia estriba en que en la ley no se especifica qué hacer con los embriones congelados no utilizados al final de dicho plazo. Además es un plazo muy corto en el caso de que el individuo que sometiera su semen a esta técnica fuera de corta edad, dado que le obligaría a formar una familia en menos de cinco años. Según el Dr. José Carlos Alberto Bethencourt "se trata de una técnica ciertamente recomendable, pues por una parte permite recuperar la fertilidad de las mujeres sometidas a radio y quimioterapia, y por otra, posibilita que el número de embriones congelados se vea reducido".<sup>7</sup> La vida es un derecho fundamental ligado al nacimiento, con ello, una cuestión compleja es la distinción entre embriones viables y no viables. Se consideran no viables los embriones procedentes de abortos. Los embriones sobrantes, procedentes de FIV, se consideran no viables tras cinco años de permanecer congelados y pueden ser utilizados para la investigación.

---

<sup>5</sup> CORTÉS MAULIÓN, M. A., *Régimen jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida. La investigación de la paternidad en México y España*, tesis doctoral, Universidad de Almería, 2013.

<sup>6</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. [Disposición derogada], BOE, núm. 282 de 24 de noviembre de 1988, pp. 33373-33378.

<sup>7</sup> Citado en ROSELL ROLDÁN, L., "Estudio ético-legal sobre la Reproducción Asistida", en [http://www.uclm.es/ab/enfermeria/revista/numero%2014/estudio\\_%E9tico\\_rep\\_asist.htm](http://www.uclm.es/ab/enfermeria/revista/numero%2014/estudio_%E9tico_rep_asist.htm), visitada el 24/07/2014.

En este aspecto se propone que el período de conservación se amplíe y sea establecido acorde con la vida reproductiva de la madre; aunque quizás sólo sería una solución temporal del problema, que se retardaría unos años. Lo que más se prioriza es la promoción de la donación de aquellos que no vayan a ser utilizados por las propias parejas.

En el concepto de donante se admite tanto uno masculino, como femenino o incluso ambos. En el caso del donante masculino, la ley no considera donante al marido o conviviente de la mujer que se presta a las técnicas por lo que no se les aplica el mismo régimen jurídico. En el caso de que sea la mujer la que es incapaz de producir óvulos, tendrá que recurrir a una donante femenina y por lo tanto dará a luz a un hijo que genéticamente no es suyo. La donación, no obstante, se establece como un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado, que no debe tener nunca un carácter lucrativo o comercial.

El artículo 5.6 requiere que el donante tenga más de 18 años y plena capacidad de obrar, debiendo someterse, en cuanto a su estado psicofísico, a un protocolo obligatorio de carácter general que incluirá las características fenotípicas, del donante y la previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles. El único consentimiento que le exige la ley es el prestado para la donación de su material reproductor, realizada por escrito en favor del centro autorizado. En el art. 19.3 se habla de "consentimiento firmado". A tal "donación", la Ley 35/1988 le atribuye los siguientes caracteres: es un contrato gratuito, formal, secreto e irrevocable.

Un punto de discusión, es el anonimato; el cual, es un medio para inmunizarle de las acciones de reclamación de paternidad o maternidad. Aquí hay intereses opuestos; por un lado los de la persona que nazca, que conforme al art. 39 de la CE tiene derecho a la investigación de la paternidad; y por el otro lado, los intereses del donante, que no quiere que la donación conlleve la filiación. La ley ante estos dos intereses, ha primado el del donante. Según el artículo 5.5 "la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes [...] 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". Es decir el art. 5.5 de la ley permite la información general sobre el donante pero no su



identificación; esto es no impedir la investigación pero no concederle efectos legales. Se autoriza en el artículo 8.3. el desanonimato sobre la persona del donante cuando exista "peligro comprobado para la vida del hijo o sea prueba en un proceso penal". Aunque dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

Como dice el artículo 5.1., en el contrato de "donación" de gametos o de embriones, el donatario será el centro autorizado receptor de los gametos o embriones donados. Según reza el artículo 6.6., no se considera jamás donataria a la mujer usuaria de la técnica. Ésta es en todo caso un tercero beneficiario de tal donación, beneficiario designado por el donatario.

La parte en la que dice que es irrevocable también tiene una salvedad y es la de que "el donante, por imposibilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor". Es decir que sólo si el donante quedara estéril podría pedir como suyos los gametos donados anteriormente, nunca podría hacerlo por retractarse en su decisión, o para la utilización, o prestación a una mujer señalada. Es prácticamente imposible que el donante conozca la identidad de su "hijo", ahora el problema se plantea si llegado el caso el donante logra demostrar su paternidad mediante pruebas biológicas, entonces no se establece la nulidad de la determinación judicial de su paternidad.

Para terminar con la realidad del donante hay que hacer referencia a dos normas:

El Art. 5.7 expone "los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que un mismo donante no nazcan más de 6 hijos".

El Art. 6.6 dispone que "la elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar".

Como se ha mencionado líneas arriba, el donante deberá tener más de 18 años, tener plena capacidad de obrar y buen estado de salud. Aquí hay que quitar

a los menores emancipados según la ley 35/1988 cuando según el Código Civil –en adelante, CC– tienen plena capacidad para fundar una familia. Hasta la promulgación de la ley de 1988, los centros especializados solían exigir siempre la presencia y consentimiento de un varón, pero ahora el artículo 6.1 formula el derecho incondicionado de toda mujer a utilizar las técnicas. El hijo que nazca tendrá el carácter de hijo extramatrimonial de la madre y respecto de él nadie podrá ser legalmente padre. Se trata además de una manifestación del favor que la ley dispensa a la unión no matrimonial, además, la ley da un paso adelante y permite la inseminación de mujeres solas, llevando al ser, así procreado, a poder no tener padre.

La regla general se formula en el artículo 6.1. El texto dice que:

Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que hay prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas, de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

El consentimiento previo es determinante de la atribución de la maternidad del hijo. También se le atribuye la maternidad en el caso de que el óvulo fecundado, que le ha sido implantado, procede de otra mujer, dado que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (art. 10.2).

Mención especial es la del consentimiento del marido, pues la exigencia de tal consentimiento está bien justificada, pues la inseminación artificial de la mujer casada sin el consentimiento de su marido sería una grave deslealtad (infidelidad moral y jurídica) pues podría ser motivo de divorcio.

Además en el caso de inseminación heteróloga, el consentimiento del marido tiene el efecto que establece el artículo 8.1, es decir, prohibición legal de impugnar la filiación matrimonial del hijo habido por consecuencia de estas prácticas; es una especie de adopción no sujeta a trámite. En este caso se hace a la mujer casada de peor condición que la que no lo está. Parece que es un claro intento de que el hijo nacido de estas prácticas tenga un padre legal.

Los centros médicos no pueden pasar por alto el consentimiento del marido sin incurrir en responsabilidad (arts. 19.2 y 19.3) y hace que la mujer casada resulte discriminada frente a la que simplemente conviva extramatrimonialmente

e incluso frente a la mujer sola. En este apartado, como en el de donantes, la ley establece más o menos los mismos requisitos, incluso en el caso de las menores emancipadas. El consentimiento es revocable según el art. 2.4 en el que se contempla que "la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición". Lógicamente existe un límite temporal para la revocación de tal consentimiento. Aquí se puede dar otra controversia en el caso de la FIV si la revocación se hace en el momento entre la fecundación del óvulo y la implantación del mismo en el útero, y el destino del preembrión es el mismo que el de los sobrantes en una FIV.

En España, la Ley 35/1988 se posiciona en una de las pocas posturas claras en este asunto y declara nulo de pleno derecho cualquier contrato por el que la mujer gestante decline su maternidad en favor de otra. Así el artículo 10 de la misma dictamina así:

1. 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 en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Como se vio, el padre puede conseguir pruebas biológicas de su paternidad y entonces reclamarla judicialmente pero dado que la usuaria de las técnicas también se mantiene en secreto esto es casi imposible. La ley no dice si puede el propio hijo impugnar su filiación, reclamando la del padre biológico aunque niega radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad, vulnerando el artículo 39.2 de la CE.

La ley en su artículo 9.1 dicta que "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".

Esto parece algo muy obvio para no ir contra las reglas de sucesión mortis

causa, pero en el siguiente artículo 9.2. se ve la otra cara de la moneda:

El marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

El supuesto es muy nuevo y el aplicarlo supone contradecir uno de los principios de la sucesión testamentaria que dictamina que el heredero debe sobrevivir al causante. Rivero Hernández, critica la brevedad del plazo para utilizar la autorización del marido por parte de su esposa; además faltan normas registrales para permitir la inscripción del nacido como matrimonial.<sup>8</sup> De igual manera, la ley también acepta según hemos visto ya el consentimiento del varón conviviente con la usuaria y esta condición no requiere ningún presupuesto de convivencia así que es un "reconocimiento de complacencia", alguien que ofrezca cobertura paterna a una filiación sin padre legal. Con mucha razón dicen Díez-Picazo y Gullón que es muy difícil, por no decir imposible, considerar como escrito de reconocimiento de la paternidad el escrito consintiendo la fecundación de una mujer con el semen de un tercero, porque, en rigor, el autor del documento lo que está haciendo es reconocer que la paternidad no es suya. La elección de sexo no está contemplada salvo que sea con motivo terapéutico para evitar ciertas enfermedades hereditarias ligadas al cromosoma X o Y.<sup>9</sup>

Al igual que las madres subrogadas, en España, la clonación está prohibida; en relación con la cual y dentro de la practicada con fines reproductivos, la comisión, según expresó el Dr. Juan Ramón Lacadena Calero, catedrático del Departamento de Genética de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Complutense de Madrid, "desestima la conveniencia de llevar a la práctica las técnicas de transferencia de núcleos en humanos, pues por una parte, la experimentación no es lo suficientemente amplia, y por otra, constituyen una

---

<sup>8</sup> Véase LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBUDILLA, F. / LUNA SERRANO, A., / DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia. (Tomo II). Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familia*, Civitas S.L., Madrid, 1981.

<sup>9</sup> Véase en este sentido DIEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.

objeción ética al derecho de todo ser humano a no ser programado genéticamente y a ser genéticamente único e irrepetible". Las técnicas de gemelación, sin embargo, sí cuentan con la aprobación siempre y cuando se limiten a la obtención de un mayor número de embriones disponibles en parejas en las que sea muy difícil la obtención de un embrión. Respecto a la clonación no reproductiva, y tomando en consideración las posibilidades que ofrece para la obtención de tejidos y órganos para trasplantes se estima recomendable la clonación a partir de células troncales no embrionarias, habida cuenta de los problemas éticos derivados de la utilización de las técnicas de transferencia de núcleos.

En España la LTRA de 1988 preveía la creación de la CNRAH. Esta Comisión publicó un primer informe en 1999<sup>10</sup> sobre diversos aspectos de la reproducción asistida y, en abril de 2000, publicó su segundo informe intentando contestar a la pregunta de: ¿Qué hacer con los embriones sobrantes de tratamientos de fertilidad?

En la línea de lo anteriormente expuesto y, centrándonos en el tema de este trabajo, analizamos la tesis de dos de los miembros de la CNRAH, Antonio García Paredes, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid y del Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza.

El profesor Atienza, mantiene en la discusión del segundo informe de la CNRAH, la idea de que la legislación española debía interpretarse en sentido permisivo, de tal manera, que los embriones sobrantes cuyo destino fuese la destrucción debían considerarse no viables, evitando así, que se diera prioridad a la destrucción de los embriones frente a su uso para fines de investigación serios.

Con esta interpretación y, toda vez que la ley 35/1988 de TRA, permite en su artículo 15 la investigación con embriones no viables, los embriones cuyo destino

---

<sup>10</sup> Véase en este sentido, LEMA AÑÓN, C., "Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida Parte I)", en *Revista de Derecho y genoma humana*, nº 12, 2000, pp. 47-66 y, del mismo autor "Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida Parte II)", en *Revista de Derecho y genoma humana*, nº 13, 2000, pp. 103-118.

fuese la destrucción serían perfectamente susceptibles de ser utilizados en investigación. En esta discusión, la mayoría de los integrantes de la comisión llegó a una conclusión distinta. Se consideró que no existían obstáculos éticos para llevar a cabo investigaciones con pre embriones sobrantes que no fueran a destinarse a la procreación, investigaciones que deberían contar con una serie de requisitos entre los que cabe destacar el filtro de la autorización de un comité de ética.

La mayoría, si bien no encontró obstáculos éticos para este tipo de investigaciones, consideró que sí existían obstáculos jurídicos en la normativa española, motivo por el cual, proponen una modificación legal de las normas vigentes como contribución a la solución del problema que constituyen los embriones congelados. Se hizo también un análisis sobre la constitucionalidad, o no, de las normas propuestas, y se afirmó la presunción de la constitucionalidad de tales normas en virtud de los repetidos pronunciamientos del TC que después desarrollaremos, respecto a la protección del embrión, teniendo en cuenta, que las actuaciones propuestas serían, en todo caso, alternativas a la destrucción de los embriones.

En la comisión no se llegó a una posición unánime de sus miembros. Algunos de ellos consideraron que, por razones éticas, este tipo de investigación no debía autorizarse legalmente.

Al final después de mucho debate, dos informes dan como resultado que todos los periódicos de tirada nacional, llevasen a su primera página, el 26 de julio de 2003, el anuncio del gobierno de reformar la LTRA para permitir la investigación con los embriones sobrantes de las técnicas de fertilidad asistida, anuncio que se concreta con la presentación del Proyecto de Ley por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre TRA, reforma que se culmina con la aprobación de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.<sup>11</sup>

La discusión que se plantea se centra, por una parte, en la profundización del examen de constitucionalidad de las investigaciones con pre embriones sobrantes que no van a destinarse a la procreación, por otra parte se cuestiona en

---

<sup>11</sup> 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. BOE. núm. 280, 22 de Noviembre de 2003.

este trabajo la constitucionalidad o no, de la creación de embriones humanos con fines de experimentación.

El legislador español no ha sido favorable a este tipo de investigación y las tendencias mayoritarias de opinión pública tampoco se orientan por este camino. La ratificación por España 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, 4 de abril de 1977 (ratificado por España el 23 de julio de 1999), conocido como Convenio Europeo de Biomedicina, o Convenio de Oviedo, y la ratificación del protocolo adicional al convenio por el que se prohíbe la clonación de seres humanos es buena muestra de ello. El convenio que entró en vigor en España, el 1 de enero del 2000, establece de manera explícita la prohibición de la constitución de embriones humanos con fines de experimentación. Se cuestiona si la prohibición del Convenio de Oviedo resulta necesaria, o no, para la protección del derecho a la dignidad humana y el derecho a la vida y a la integridad física moral.<sup>12</sup>

El TC tardó 10 años en pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad de la ley y, para más abundamiento, cuando lo hace se limita a decir entre otras cosas en la STC 116/1999, en su fundamento jurídico 11, que:

[...] la crioconcepción no solo resulta atentatoria contra la dignidad humana, sino por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los pre embriones ya existentes y evitar así la fecundación innecesarias.<sup>13</sup>

El hecho de que anteriores leyes se hayan planteado la inconstitucionalidad de algunas partes hace suponer casi a priori que en esta nueva Ley 14/2006 sobre la TRA también se incluyan partes susceptibles de ser inconstitucionales. A la vista de las nuevas investigaciones, y las posibilidades terapéuticas que se están

---

<sup>12</sup> II Informe de la comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, abril 2000. Recopilación de la documentación sobre este tema, en la página web del profesor José Ramón Lacadena: <http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/index.html>. Visitada el 14 /6/2012.

<sup>13</sup> GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 78.

descubriendo con esta manipulación de los embriones, es obvio que se planteen nuevos conflictos. Es ahora cuando el TC debía haber argumentado sobre la constitucionalidad o no de la distinción que hace sobre embriones viables, y no viables.

El TC, siguiendo la constitución en su artículo 15 CE, mantiene que la vida humana requiere de tutela y protección jurídica, y sin embargo no se pronuncia en que momento se debe de aplicar esa protección, y por otra parte admite que los embriones no válidos puedan ser desechados. Por lo que nos planteamos cuál es la tutela a la que se refiere la CE.

En las sentencias donde resuelve el TC los recursos de inconstitucionalidad, sobre la ley anterior sobre la reproducción asistida humana, hoy derogada, parece a primera vista, que existe varias contrariedades, pues solo acaba diciendo que la vida humana viable es merecedora de esa protección jurídica que antes indicábamos, así que vamos a ir analizaremos cada una de estas sentencias. Pues por una parte el TC no renuncia a sostener la doctrina, según el art 15 CE, protege la vida humana desde la concepción, aunque el *nasciturus* no sea titular del derecho a la vida por no ser persona.

Es obvio que necesitamos ver nuestro CC, hasta las nuevas modificaciones de la Ley 20/2011 vigente, sobre todo nuestra Ley de Ritos Civiles,<sup>14</sup> modificada recientemente en algunos puntos sobre la persona, y la personalidad, punto de referencia necesario para reconocer cuando un individuo es persona jurídicamente.

En el art. 29 CC nos encontramos que el nacimiento determina la personalidad, en el art 30 CC los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno, hoy esta idea de la necesidad de trascurrir 24 horas ha sido modificada. La personalidad comienza con el nacimiento (natural). Según el art. 30 CC el momento del nacimiento es el de la total independencia física del feto. Desde ese momento comienza a contar la vida y es el que se consigna en la inscripción en el RC, la redacción según Ley 20/2011, de 21 de julio lo deja muy claro, la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez

---

<sup>14</sup> El CC de España, promulgado en 1889, es la norma jurídica que contiene el fundamento del derecho civil de carácter común en España.



producido el entero desprendimiento del seno materno. Ni la concepción ni el aviso de la concepción atribuyen personalidad, ni hacen posible la representación. No se le atribuyen derechos patrimoniales ni personales hasta el nacimiento, pero una vez producido es con efectos retroactivos a la concepción. Ello quiere decir que nuestro CC no recoge ningún derecho hasta que se nace con vida, y además se corta el cordón umbilical, pues sino no se adquiere personalidad, de ahí que esta idea hace que algunos no reconozcan a una persona hasta que no nazca. Sin embargo, al existir parte de la doctrina que indica que los embriones son personas, y los avances en biomedicina, son cada vez más numerosos, se crea la necesidad por la CNRAH de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, llenas de deficiencias y sobre todo acomodar las normas a los avances legislativos y biomédicos.

En resumen, esta ley solo se aplicará cuando no suponga un riesgo y en mujeres mayores de edad, informadas y que lo han aceptado, teniendo en cuenta que la donación de gamentos siempre será secreta, revocable y sin fines lucrativos. El semen y los óvulos se pueden conservar durante la vida fértil de la pareja, y no se podrá iniciar un nuevo tratamiento si existen gamentos crioconservados en otros centros. Los embriones abortados son considerados no viables, quedando prohibida la selección con fines no terapéuticos y la mezcla de óvulos o semen de distintos donantes. Lo más claro de esta ley es que queda prohibida la gestación en un útero que no sea de la madre biológica, se prohíben los vientres de alquiler.

Como se ha indicado, esta ley no es suficiente para los avances en la materia y pretenden modificarla, es un parche más legislativo y la Ley 45/2003 del 21 de noviembre, no aclara más que solo se permite la fecundación y posterior transferencia de tres embriones por ciclo, salvo en el caso que sea necesario y asumible por la pareja. Ellas podrán decidir si conservan sus embriones para su posterior implantación, donarlos sin ánimo de lucro para otras parejas o para investigación dentro de los límites establecidos. Ahora el semen podrá conservarse en bancos autorizados durante toda la vida del donante:

Esta ley permite: La donación de óvulos, la donación de esperma, la aplicación de estas técnicas a mujeres solteras, la reducción embrionaria en caso de embarazo con tres o más embriones, la utilización de técnicas de Reproducción Asistida sea cual sea la edad de la mujer siempre que no haya

ninguna contraindicación médica.

No permite: La selección del sexo del bebe salvo por motivos de enfermedad ligadas al sexo. La intervención de madres de alquiler. La destrucción de los embriones congelados sobrantes de una intervención. Éstos serán destinados o bien a la investigación o bien serán donados a parejas anónimas. No se permite la clonación, en el artículo 20 apartado b, se establece no se puede crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza y a la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier procedimiento capaz de originar varios seres idénticos.<sup>15</sup>

El capítulo III de la Exposición de Motivos de la LTRA 35/1988, establece lo siguiente:

Desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsable

Hay autores de reconocido prestigio como el magistrado del TS Vicente Luís Montés Penadés, que están en contra de ello, al respecto expone que "[...] la mujer soltera no debe ser sometida a los tratamientos que venimos considerando sino por razones que se centren en el remedio, tratamiento o terapéutica de una patología o estado patológico que le impida ser madre por medios naturales".<sup>16</sup>

Los partidarios de esta limitación la justifican, como dice Montés Penades, por "que no se puede ser considerado el derecho a procrear como absoluto, ni un

---

<sup>15</sup> Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnica de Reproducción Asistida Humana. BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, pp.41458 a 41463

<sup>16</sup> Véase en este sentido, MONTÉS PENADÉS, V. L., "El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", en A.A.V.V., *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Editorial Trivium, pp. 171-200.

hijo puede tener nunca consideración de ser objeto de un derecho subjetivo".<sup>17</sup> Pues sino es un derecho absoluto, se tendrá que protegerse el hijo, del derecho que le asiste del artículo 39 CE a investigar la paternidad y como consecuencia de los derechos que derivan de las relaciones paterno-filiales, pues la propia Ley 21/1987 de adopción y acogimiento familiar,<sup>18</sup> permite la adopción de ambos cónyuges, pero también la adopción por el hombre y la mujer, integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (disposición adicional 3ª). Y, además, que una mujer o un hombre accedan a la adopción (arts. 175.1) o al acogimiento familiar (arts. 172.3 y 173.1) sin estar casados ni acreditar la existencia de pareja estable.

A pesar de ello se sigue legislando de forma favorable a la procreación mediante las técnicas de reproducción asistida, debido a la STC de 17 de junio de 1999, que indica que el artículo 6 LTRA, significa el reconocimiento legal del derecho a toda mujer a someterse a las TRA y en efecto, la razón última a que responde la impugnación de la ley en base en la quiebra institucional de la familia que conlleva su regulación, pues reside en la posibilidad que brinda a cualquier mujer a someterse a técnicas en ella regulada independientemente que responda o no la aplicación de las TRA a problemas de fertilidad. Es obvio la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida que la ley ofrece a la mujer soltera, sin vivir en pareja, en España.

En Europa, el primer país con legislación específica fue Suecia con Ley sobre

---

<sup>17</sup> Véase MONTÉS PENADÉS, V. L., "El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana..."

<sup>18</sup> Sobre esta ley, véanse, entre otros, los estudios de GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción: Ley 21-1987, 11 de noviembre: comentarios y formularios*, Dykyson, Madrid, 1988; HIJAS FERNÁNDEZ, E., "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)", *Actualidad civil*, nº 1, 1995, pp. 35-58; RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La nueva orientación de la adopción internacional en la Ley 21/1987 de noviembre", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, pp. 783-790 y RAMOS SÁNCHEZ, J., "Algunas consideraciones jurídicas sobre la ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción: su posible inconstitucionalidad", *en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1989, pp. 996-1012.

la IA, de diciembre de 1984. Posteriormente, con la ley sobre TIV, junio de 1988, Dinamarca no quiso quedarse atrás sin una regulación específica y publicó la Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos en junio 1987. Por su parte, Noruega le llama Ley sobre la fertilización artificial en 1987. Esto influyó en que en 1990 en Alemania se publicase la Ley sobre protección del embrión. En 1991 en Inglaterra se publica también la Ley sobre fertilización humana y embriología, y una legislación sobre la selección del donante de semen.

Parece que en Europa preocupa la selección del embrión, por ello esta ley sobre fertilización humana y embriología establece que es competencia del médico seleccionar el donante, y debe verificar que no padece ninguna enfermedad detectable que entrañe riesgos para la salud de la mujer ni del hijo concebido de tal forma es obligatorio detectar el virus del sida. También en Suecia y Dinamarca se dice que será el médico el que elegirá el donante de semen adecuado, aunque sin especificar cuáles van a ser los criterios. Esto nos hace pensar que nuestra legislación de noviembre de 1988, es del todo insuficiente e intentamos subsanar con una Ley 45/2003 del 21 de noviembre que solo no ayuda a deshacer los problemas, sino que parece que no es suficiente, tal como explica la Exposición de Motivos se han originado un asincronismo entre la ciencia y el derecho, y ha supuesto una vacío normativo respecto a problemas concretos, que debe solucionarse. De ahí que se haga precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida y la adaptación del derecho allí donde proceda.

Asimismo, el paso del tiempo "ha puesto de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma, que han dado lugar a situaciones de cierta inseguridad jurídica y a problemas de un calado ético y sanitario considerable. Sin duda alguna, el más importante de estos problemas ha sido la acumulación de un elevado número de preembriones humanos sobrantes cuyo destino está aún por precisar". Por este motivo se explica en la citada Exposición de Motivos que para evitar la acumulación de embriones en el futuro, se arbitra una serie de medidas, como la limitación del número de embriones que se pueden crear a partir de los óvulos obtenidos en cada ciclo ovárico de la usuaria y se impone a las parejas la necesidad de suscribir un compromiso escrito en el que se pronuncien sobre el destino de los embriones sobrantes. Junto con la

preocupación por evitar la proliferación de embriones abandonados sobre los que no existe "proyecto procreativo". La ley persigue un segundo objetivo: autorizar la descongelación de embriones sobrantes con el fin de obtener estructuras biológicas destinadas a la investigación científica. En definitiva, la ley persigue el objetivo principal de solucionar el problema de la acumulación de embriones sobrantes de programas de fertilidad, atendiendo al mismo tiempo a la reivindicación del derecho a investigar con células embrionarias; a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples.

Se concreta en la ley que para lograr tal objetivo, tan sólo es necesaria la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988. Respecto al primero de los preceptos citados, se establece en su apartado segundo que "sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en una mujer en cada ciclo". Medida razonable y eficaz para evitar gestaciones múltiples, y, asimismo, los riesgos que pueden suponer este tipo de embarazos tanto para la madre como para con los hijos. Además, dado el estado de la técnica, la transferencia de tres embriones debería resultar suficiente en la mayoría de los casos para que se produzca la anidación. En cambio, en el apartado tercero de este mismo precepto, se prohíbe fertilizar más de tres ovocitos obtenidos en cada ciclo ovárico. Se trata de una medida regresiva desde el punto de vista del interés de la usuaria, pues, los expertos en reproducción asistida señalan que de cada diez óvulos extraídos a una mujer de 30 años, alrededor de ocho suelen ser ovocitos maduros, y de estos ocho, solo cinco o seis son fecundables, de entre los fertilizados prospera el 20%, es decir, se obtiene dos o, como mucho, tres embriones aptos para ser transferidos. No obstante, el párrafo segundo del apartado referido añade que "las tipologías fisiopatológicas de estos casos en los que se permita fecundar un número mayor de ovocitos, siempre que sea asumible por la pareja dentro de su proyecto reproductivo, serán especificados por el Ministerio de Sanidad y Consumo con el asesoramiento e informe previo de la CNRAH". Estas excepciones previstas en la norma que permitirán fecundar más de tres ovocitos han de concretarse, por tanto, mediante "protocolos" elaborados por la propia Administración sanitaria con el concurso de la CNRAH. El RD 1720/2004,<sup>19</sup> de 23 de julio regula las tipologías fisiopatológicas en las que se permite la fecundación

---

<sup>19</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2004/07/27/>, visitada el 18/06/2014.

de más de tres ovocitos en el mismo ciclo.

Y, respecto al artículo 11 destaca en su apartado primero que "el semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del donante", frente al plazo de la anterior normativa que lo fijaba en cinco años.

El apartado segundo se refiere a la crioconservación de óvulos, y hace referencia al RD 120/2003 de 31 de enero,<sup>20</sup> por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionado con las técnicas de reproducción asistida. Lo que supone un notable avance desde el punto de vista de la técnica legislativa, la decisión de elevar a rango de ley la autorización reglamentaria de experiencias controladas con ovocitos, frente a la regulación hasta ahora vigente que establecía la prohibición de crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida "en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación". Seguidamente, se refiere a los embriones sobrantes o supernumerarios provenientes de aquellos tratamientos en los que se haya autorizado la fertilización de más de tres óvulos. Se establece que:

[...] serán crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de que se le pueda transferir en intentos posteriores. En estos caso, los progenitores deberán firma un compromiso de responsabilidad sobre sus preembriones crioconservador, en el que se incluirá una cláusula por la que la pareja o la mujer, en su caso, otorgarán su consentimiento para que, en el supuesto de que los preembriones crioconservados no les fueran transferidos en el plazo previsto, sean donados con fines reproductivos como única alternativa.

De nuevo, se niega la posibilidad de crioconservar embriones sobre los que no exista un proyecto procreativo claro. De forma que, aquellas parejas que hayan crioconservado embriones antes de la entrada en vigor de la reforma, y no

---

<sup>20</sup> [www.boe.es/boe/dias/2003/02/15/pdfs/A06282-06283.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2003/02/15/pdfs/A06282-06283.pdf), visitada el 18/06/2014. Véase al respecto LACADENA CALERO, J. R., "Congelación de ovocitos humanos en España. Un comentario al Real Decreto 120/2003", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 18, 2003, pp. 175-190.

quieran emplear ni donar sus embriones a otra pareja o a la ciencia, podrán destruirlos; en cambio, las usuarias que, después de la entrada en vigor de esta reforma, cuenten con más de tres óvulos congelados, solo podrán optar entre gestarlos o donarlos a otra mujer para que los geste. Al respecto, el apartado 4 del artículo que nos ocupa obliga a los centros a comprobar que "la pareja o la mujer en su caso, no tengan preembriones crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida".

La previsión resulta razonable, siempre que los embriones puedan ser transportados a otra clínica sin riesgo para su integridad y se compruebe que son viables y estén en condiciones óptimas para ser implantados. El inciso siguiente establece que no se podrá iniciar un nuevo tratamiento, esto es, generar nuevos embriones, si "concurren algunos de los impedimentos previstos en esta ley para disponer de ellos". Por tanto, sólo cabe la experimentación e investigación sobre embriones preimplantatorios viables que fueran sobrantes de los programas de FIV y se encontraban congelados antes de la entrada en vigor de la Ley 45/2003, pero exclusivamente según disponía su Exposición de Motivos "como alternativa a la descongelación de preembriones que no vayan a ser transferidos a su madre biológica o donados a otras parejas", previendo que "el material biológico que se obtenga tras la descongelación de los preembriones que cuenten con el consentimiento podrán ser aprovechados con fines de investigación de acuerdo con una serie de medidas estrictas de control científico y ético que se especifican en la disposición final primera y que serán desarrollados reglamentariamente". Y, finalmente, en el apartado 5, se dispone como previsión novedosa frente a la anterior normativa, la necesidad por parte de los centros de FIV de suscribir un seguro que cubra la indemnización del daño producido por la destrucción de los embriones.

La Ley española, 35/1988 pionera en su momento, ha sido fuertemente criticada y fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad. Esta ley fue polémica pero supuso un avance al regular, específicamente, la utilización de las mencionadas técnicas. Algunos de sus principios son:

- a) Sólo se realizará cuando hay posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia, el no cumplimiento puede llevar a una acción de responsabilidad civil interpuesta por la madre o el hijo.

- b) En mujeres mayores de edad, y en buen estado de salud psico-física, que las soliciten y acepten libre y conscientemente.
- c) Los Establecimientos sanitarios autorizados para practicarla deben ofrecer con carácter previo información y asesoramiento acerca de los aspectos e implicaciones, resultados, riesgos y demás consideraciones tanto a los que deseen recurrir a ellas como a los donantes de gametos
- d) La aceptación se reflejará en un formulario, o protocolo, de contenido uniforme, recogiendo en historias clínicas individualizadas, además de tenerse el más estricto secreto de la identidad de los donantes, la esterilidad de los usuarios y las circunstancias concurrentes en el origen de los hijos así nacidos.
- e) Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- f) Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerados científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Los sobrantes serán destinados a la crioconservación por un máximo de cinco años.
- g) Las parejas podrán decidir si conservan sus embriones para su posterior implantación, donarlos sin ánimo de lucro para otras parejas o para la investigación dentro de los límites establecidos.

Aunque la Ley 35/1988 de 22 de noviembre legislaba diez años tarde del nacimiento de Louise Brown en el Reino Unido, cuando apareció fue una de las más innovadoras de Europa. Cuando se promulgó, terminó con un vacío legal en España, poniéndose al mismo nivel que otros países europeos. En ella se reguló en España, por primera vez, la aplicación de TRA como la IA o la FIV así como también ciertas prácticas de investigación con gametos y embriones humanos. Por tanto, a pesar de la lejanía cronológica y las leyes posteriores sobre TRA aprobadas, es fundamental para esta investigación pues constituye el germen primitivo de la ley que ahora se estudia en este trabajo.



### 5.3. LA 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

Según la Exposición de Motivos de la Ley 45/2003 de 21 de noviembre que ya hemos indicado <sup>1</sup> desde la promulgación de la Ley 35/1988 se ha producido avances considerables en el ámbito de la técnica y de la práctica médica, que han originado un asincronismo entre la ciencia y el derecho, y ha supuesto un vacío normativo respecto a problemas concretos, que debe solucionarse.

De ahí que se haga precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las TRA y la adaptación del derecho allí donde proceda. Asimismo, el paso del tiempo "ha puesto de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma, que han dado lugar a situaciones de cierta inseguridad jurídica y a problemas de un calado ético y sanitario considerable. Sin duda alguna, el más importante de estos problemas ha sido la acumulación de un elevado número de preembriones humanos sobrantes cuyo destino está aún

---

<sup>1</sup> [www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41458-41463.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41458-41463.pdf), visitado el 18/06/2014.

Sobre esta ley, véase DIEZ SOTO, M., "La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre: ¿una reforma suficiente: panorama de nuevos cambios legales?", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 197-208; PARDO SÁENZ, J. M., "Ley 45/2003 sobre técnicas de reproducción asistida. Algunas reflexiones ético-morales a la luz de "Evangelium vitae", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 15, nº 55, 2004, pp. 417-426; PÉREZ MONGE, M., "Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por al que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida", en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 14, 2004, pp. 23-31 y RODRÍGUEZ CALVO, M. S., "La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida por la ley 45/2003, de 21 de noviembre: ¿Una reforma oportuna y suficiente?", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 209-213.

por precisar".<sup>2</sup> Por este motivo se explica en la citada Exposición de Motivos que para evitar la acumulación de embriones en el futuro, se arbitra una serie de medidas, como la limitación del número de embriones que se pueden crear a partir de los óvulos obtenidos en cada ciclo ovárico de la usuaria y se impone a las parejas la necesidad de suscribir un compromiso escrito en el que se pronuncien sobre el destino de los embriones sobrantes. Junto con la preocupación por evitar la proliferación de embriones abandonados sobre los que no existe "proyecto procreativo" alguno la ley persigue un segundo objetivo: autorizar la descongelación de embriones sobrantes con el fin de obtener estructuras biológicas destinadas a la investigación científica.

En definitiva, la ley persigue el objetivo principal de solucionar el problema de la acumulación de embriones sobrantes de programas de fertilidad, atendiendo al mismo tiempo a la reivindicación del derecho a investigar con células embrionarias; a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples. Se concreta en la ley que para lograr tal objetivo, tan sólo es necesaria la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988.

Respecto al primero de los preceptos citados, se establece en su apartado segundo que "sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en una mujer en cada ciclo". Medida razonable y eficaz para evitar gestaciones múltiples y, asimismo, los riesgos que pueden suponer este tipo de embarazos tanto para la madre como para con los hijos. Además, dado el estado de la técnica, la transferencia de tres embriones debería resultar suficiente en la mayoría de los casos para que se produzca la anidación. En cambio, en el apartado tercero de este mismo precepto, se prohíbe fertilizar más de tres ovocitos obtenidos en cada ciclo ovárico.

Se niega la posibilidad de crioconservar embriones sobre los que no exista

---

<sup>2</sup> Véase, entre otras, FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "La Ley 45/2003 de 21 de noviembre: un paso en la determinación del estatus jurídico del embrión humano", en GONZÁLEZ PORRAS, J. M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1597-1618 y LACADENA CALERO, J. R., "La experimentación con embriones sobrantes en España: un comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Revista de Derecho y Genoma humana*, nº 20, 2004, pp. 177-194.

un proyecto procreativo claro. De forma que, aquellas parejas que hayan crioconservado embriones antes de la entrada en vigor de la reforma, y no quieran emplear ni donar sus embriones a otra pareja o a la ciencia, podrán destruirlos; en cambio, las usuarias que, después de la entrada en vigor de esta reforma, cuenten con más de tres óvulos congelados, solo podrán optar entre gestarlos o donarlos a otra mujer para que los geste.

Al respecto, el apartado 4 del artículo que nos ocupa obliga a los centros a comprobar que "la pareja o la mujer en su caso, no tengan preembriones crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida". La previsión resulta razonable, siempre que los embriones puedan ser transportados a otra clínica sin riesgo para su integridad y se compruebe que son viables y estén en condiciones óptimas para ser implantados. El inciso siguiente establece que no se podrá iniciar un nuevo tratamiento, esto es, generar nuevos embriones, si "concurren algunos de los impedimentos previstos en esta ley para disponer de ellos".

Por tanto, sólo cabe la experimentación e investigación sobre embriones preimplantatorios viables que fueran sobrantes de los programas de FIV y se encontraban congelados antes de la entrada en vigor de la Ley 45/2003, pero exclusivamente según disponía su Exposición de Motivos "como alternativa a la descongelación de preembriones que no vayan a ser transferidos a su madre biológica o donados a otras parejas", previendo que "el material biológico que se obtenga tras la descongelación de los preembriones que cuenten con el consentimiento podrá ser aprovechados con fines de investigación de acuerdo con una serie de medidas estrictas de control científico y ético que se especifican en la disposición final primera y que serán desarrollados reglamentariamente".

Y, finalmente, en el apartado 5, se dispone como previsión novedosa frente a la anterior normativa, la necesidad por parte de los centros de FIV de suscribir un seguro que cubra la indemnización del daño producido por la destrucción de los embriones. Sin embargo, no se contiene previsión ni se valora el daño material y moral que supone dicha pérdida para los usuarios.

A pesar de todos estos cambios no parecía bastante, no contentaban ni a unos ni a otros, y tuvo que ser aprobada en el Congreso de los diputados, una nueva Ley publicada en el BOE con fecha 27 de mayo de 2006.



#### **5.4. LA REGULACIÓN ACTUAL LEGISLATIVA EN ESPAÑA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA: LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO.**

Se puede decir que el derecho históricamente va evolucionando según el avance de las ciencias, por eso las leyes van por detrás intentando dar soluciones o los conflictos que van surgiendo en la sociedad. Nace la Ley 14/2006 sobre la TRA, que se enmarca precisamente en esa línea e introduce importantes novedades. Pretende ser una ley de corte liberal, práctica y mejor estructurada que la anterior y, sobre todo, ser ejemplo para otros países Europeos.

Se estructura en un total de 28 artículos, cinco disposiciones adicionales dedicadas la primera a determinar el destino de los preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley; la segunda a la comisión de seguimiento y control de donación utilización de células y tejidos humanos; la tercera a la Organización Nacional de Trasplantes y a la modificación del organismo autónomo que representa el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa creado por la disposición adicional única de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre; la cuarta al Banco Nacional de Líneas Celulares que se adscribe al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto de Salud Carlos III; y la quinta destinada a garantizar la no discriminación de las personas con discapacidad que gozarán de los mismos derechos y facultades reconocidos en esta ley. Igualmente, de una Disposición derogatoria única, con el contenido antes indicado; y de tres disposiciones finales, precisando la primera de ellas que esta ley tiene carácter básico, y se dicta al amparo del artículo 149.1.15a de la CE, y los artículos 7 a 10 que se dicta al amparo de su artículo 149.1.8; la segunda en la que se faculta al gobierno para que dicte cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley; fijándose, finalmente, en la tercera la entrada en vigor de la ley.

La actual ley responde a la necesidad de acometer con prontitud y, en profundidad, la reforma de la legislación anterior, con el fin de corregir las deficiencias advertidas ya por la CNRAH y de acomodarlas precisamente a la

realidad actual.

En su artículo 1º, ya explica el objeto de esta ley:

Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley.

La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

En primer lugar, define claramente, esta nueva normativa, un criterio más abierto al enumerarse las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica se pueden realizar hoy en día, a la par que se habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la CNRAH, las TRA que establece la ley, serán aquéllas que reúnan las condiciones de acreditación científica y clínica y, son relacionadas de forma expresa en el anexo a la ley, en concreto:

La inseminación artificial.

La Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante, y con transferencia de preembriones.

La transferencia intratubárica de gametos.<sup>1</sup>

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de TRA prevé la utilización de los preembriones para fines distintos de la reproducción, esto es, para fines de investigación, si concurren determinadas circunstancias sólo los sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; con consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, en centros autorizados, etc.

---

<sup>1</sup> Véase BERROCAL LANZAROT A. I., “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España (1ª parte)”, en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, octubre 2008, pp. 22-42.

Además, se prevé, bajo determinados requisitos, la intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión *in vitro* sólo si su finalidad es tratar una enfermedad o impedir su transmisión. Son preembriones: el ovocitos *in vitro* desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Con ella nos encontramos que se ha eliminado el número de ovocitos que se puede fecundar en cada ciclo, dejándolo al criterio del médico o de la pareja. Aunque el número máximo de embriones que se puede implantar siguen siendo tres, sobre los sobrantes es la pareja quién decide si los quieren congelar para utilizarlos, donarlos a otras parejas, o autorizar que se utilicen para cualquier tipo de investigación. Aquí, esta investigación es contraria a la ley de 2003, pues se permite crear o generar embriones sin finalidad de reproducción, la clonación terapéutica crea híbridos de humanos y animal, y casi cualquier otro uso de los embriones. El utilizar el útero de otra mujer para la gestación y la clonación con fines reproductivos siguen siendo ilegales. El anonimato total de los donantes de gametos, de manera que su identidad nunca será revelada, y la donación que se entiende como un acto altruista en el que se renuncia a cualquier tipo de reclamación respecto a la paternidad, pues el texto recoge también que el hijo nacido tras tratamiento de reproducción asistida a todos los efectos legales es inscrito como hijo de la pareja que se ha sometido al tratamiento, sin embargo algo que parecía solucionado ha creado muchos problemas de filiación.

En el espíritu de esta ley del año 2006, se halla la pretensión de defender el derecho de la mujer a la procreación sin ningún tipo de discriminación.

Se indica que se aplican un conjunto de técnicas cuyo objeto es facilitar la procreación a la pareja en caso de infertilidad. La filiación legal del recién nacido no responde ni menos se persigue que sea su filiación biológica, con lo que se disocia filiación legal de biológica.

La Ley 14/2006 fue modificada por la Ley 3/2007 de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención al sexo de las personas.<sup>2</sup> Esta ley, da un giro, y su objeto es regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el RC, en los casos en que no se corresponde dicha inscripción con la verdadera identidad de género. La ley contempla, además, el cambio de nombre propio, como consecuencia necesaria

---

<sup>2</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/>, visitado el 18/06/2014.

para que no resulte discordante con el sexo reclamado. La ley prevé que para que este cambio de identidad pueda acreditarse debidamente se ha de proceder a una rectificación registral que se ha de efectuar de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del RC. El procedimiento a seguir se describe a lo largo de los 7 artículos que contiene la ley, desde la solicitud de rectificación hasta la publicidad. El artículo 6 de la ley regula la notificación del cambio registral de sexo que ha de efectuar el encargado del registro a las autoridades y organismos que reglamentariamente se determinen.

Por otro lado, la Ley del RC regula el cambio de nombre y apellidos en sus artículos 57, 58 y 59 y el artículo 217 del Reglamento de esta ley concreta las autoridades a las que ha de comunicar de oficio el cambio de sexo y de nombre practicado. Así, dice:

El encargado competente para la inscripción de cualquier acto que implique cambio de nombre o apellidos lo comunicará, en cuanto afecte a mayores de dieciséis años, a la Dirección general de la Policía del Ministerio del Interior y al Registro Central de Penados y Rebeldes. También podrá comunicarlo, en su caso, a las autoridades de Policía del país extranjero en que residan los alcanzados por el cambio. La Dirección General de los Registros y del Notariado puede ordenar otras comunicaciones.

Se regula en ella la presunción de paternidad matrimonial exigiendo unos requisitos como es el consentimiento del marido, a menos que estuvieran separados y costara fehacientemente. Se necesita el consentimiento libre, consciente y formal.

Retomando la Ley 14/2006, el artículo 7 recoge dos principios generales:

- Que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, salvo las específicas que la propia ley establece
- Y que en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil, reflejará datos de los que se puedan inferir el carácter de la generación.

El CC en su artículo 116 expone que "se presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

En la exposición de motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que



modifica el CC, ya indica el cambio terminológico ante la posibilidad de matrimonios homosexuales, donde va a chocar con el derecho de filiación, pues tal es esencialmente heterosexual, como lo entiende incluso en esta modificación el legislador. La pretensión de 2 mujeres de figurar ambas en la inscripción de nacimiento del hijo, que una de ellas ha dado a luz mediante el recurso a la inseminación artificial, ya fue examinada y rechazada, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TC recientemente (STC 26 de mayo, 9 junio, 27 de octubre y la STC 16 de febrero de 2006).

Es necesario analizar seguir una línea clara de investigación de la legislación actualmente en vigor sobre la reproducción asistida, e intentar analizarla en profundidad. En este caso, por ejemplo, ya nos damos cuenta en el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo de TRA señala que:

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles salvo las especificaciones establecidas en los artículos siguientes.

A partir de este artículo vemos que es imposible seguir aplicando el CC, que parte de la premisa de que un hijo nace como consecuencia de la unión entre un hombre y una mujer, que al aplicar estas técnicas, esa unión no se produce y se ha de determinar la afiliación mediante reglas y presunciones contenidas en la LTRA.

Ello obliga a revisar afirmaciones tan básicas o de partida como la de que la determinación de la filiación persigue la identificación del padre y de la madre de una persona. Como decía, tal decisión legislativa puede ser la más llamativa, pero en absoluto es la única discutible, ya no sólo desde consideraciones filosóficas, sino de mera técnica jurídica.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA, plantea más problemas que los que resuelve, según se expondrá seguidamente. En general, para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el derecho elige unos concretos hechos y actos a los que atribuye tal función. De ahí su nombre de "títulos de determinación de la filiación", en cuanto sirven para establecerla. Estos títulos vienen a responder a la pregunta: ¿Quién debe ser el padre/madre de un niño? Pregunta que incorpora dos premisas

obvias: una, la relación biológica de filiación y la jurídica son distintas, por lo que no siempre coinciden; y dos, ante el dato anterior, el derecho debe decidir cómo articula tal disparidad, si en términos de excepción o de normalidad. En otras palabras, el legislador debe decidir entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, y otro que asuma, por razones diversas, la separación entre ambas. En esta elección, lógicamente, el legislador no tiene una plena libertad de configuración normativa, sino que se encuentra limitado por las previsiones constitucionales al efecto.

En concreto, la CE de 1978 contiene las siguientes normas con incidencia sobre el régimen de la filiación:

- a) El principio de no discriminación por razón de nacimiento: art. 14 CE (esto es, la igualdad en el tratamiento jurídico de los hijos con independencia del origen matrimonial o extramatrimonial de su nacimiento).
- b) La protección de la familia, obligación de todos los poderes públicos (art. 39.1 CE).
- c) La protección de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE).
- d) La investigación de la paternidad, recogida inmediatamente después de la obligación anterior, y al servicio de la primera (art. 39.2 CE). La recepción constitucional de la obligación legislativa de "posibilitar" la investigación de la paternidad supuso la abolición de una barricada histórica de defensa del varón frente a la asunción de la propia responsabilidad como progenitor, que los Códigos civiles del siglo XIX habían recibido del de Napoleón como prohibición de dicha investigación.

Estas exigencias constitucionales eran incompatibles con el régimen de filiación vigente al aprobarse la CE, prácticamente inalterado desde la redacción original del CC, por lo que provocaron su reforma, por Ley 11/1981, de 13 de mayo.<sup>3</sup> Esta reforma abordó la filiación por naturaleza, esto es, la que une a personas que descienden unas de otras. Desde la aplicación de los principios constitucionales mencionados, opta por un sistema de determinación de la

---

<sup>3</sup> PEINADO RUANO, J., "Modificación por Ley 11/1981, de 13 de mayo", en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, nº 5, 1981, pp. 972-982.

filiación basado en la verdad biológica, en cuya virtud se favorece que quien es padre biológico, sea tenido por padre legal, lo cual comporta importantes efectos sobre el régimen de acciones de filiación. Por su parte, la adecuación de la filiación adoptiva a los principios constitucionales se llevó a cabo por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que establece la total equiparación de efectos entre esta clase de filiación y la biológica o natural. Obviamente, en la filiación adoptiva se asume la falta de relación biológica entre los padres e hijos legales, para dotar a los menores del mejor recurso posible en orden a su protección. La constitución de la filiación adoptiva es judicial: requiere de una resolución judicial en la que se constate el cumplimiento de todos los requisitos legales y la mayor adecuación de los padres adoptantes al interés del adoptando.

¿Qué sucede a raíz de este artículo? Se puede partir de la siguiente premisa: la filiación nacida tras el sometimiento de los progenitores a técnicas de reproducción humana asistida es indudablemente filiación natural, porque la manipulación del hijo en sus orígenes en nada debe alterar la clasificación jurídica de la filiación.

Por ello, el régimen de su determinación debe reconducirse al de la filiación natural. Esa fue la decisión tomada por el legislador en la primera LTRA, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, y se mantiene en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sin embargo, la mayoría aplastante de la doctrina y la propia realidad viene demostrando la insuficiencia e inadecuación de tal decisión. Efectivamente, el art. 7.1 LTRA, bajo el título "Filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida", reconduce su regulación a "las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos" (arts. 8, 9 y 10 LTRA).

De la misma forma, como recoge Barber Cárcamo, hay que revisar la competencia autonómica en materia civil: la regulación española sobre filiación no sólo se contempla en el CC, sino también en otras leyes civiles autonómicas. En concreto, Cataluña (art. 235 de la Ley 25/2010, de 29 julio, del Libro Segundo del CC de Cataluña, y antes arts. 87 a 114 C.F.C.) y Navarra (leyes 68 a 72 F.N.N.) tienen su propia regulación en materia de determinación de la filiación. Por tanto, en virtud de esta regla hemos de entender aplicable el régimen del CC sobre determinación de la filiación "por naturaleza", que sólo queda desplazado por la

existencia de "norma especial" en los tres artículos siguientes.<sup>4</sup>

La aplicación del CC no es subsidiaria, sino directa, y sólo queda desplazada en presencia de norma concreta contenida en esta Ley especial.

El legislador ha renunciado<sup>5</sup> a establecer una tercera clase de filiación, a sumar a la natural y la adoptiva, o a discriminar según el tipo de reproducción asistida empleada, opciones defendidas por parte de la doctrina: simplemente, se ha limitado a establecer unas normas especiales a integrar con el régimen general de la filiación natural. Tras la reforma operada en la LTRA por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo, lo previsto por el mencionado art. 7.1 debe corregirse incluso en cuanto a su literalidad, dado que ésta incluyó, como párrafo 3 del propio art. 7, una regla ya no especial, ni siquiera excepcional, sino totalmente estrambótica para el Derecho vigente de filiación: la posibilidad de que sean tenidas, como madres de un hijo, dos mujeres casadas entre sí.

Es difícil entender por qué esta regla, no se incluyó en su sede correcta, el art. 8 de la Ley Determinación legal de la filiación. Porque una aplicación literal del art. 7.1 conduciría a la inaplicación del art. 7.3.

Así pues, para determinar la filiación, la LTRA se remite a la aplicación directa del CC, cuyo sistema está basado desde 1981 en la verdad biológica, a salvo las especificaciones que aquélla contempla. El punto de partida no puede ser más sorprendente, dado que la LTRA española admite la fecundación con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de preembriones, y dicho anonimato se eleva en la Ley a la categoría de dogma (art. 5.5), de modo que la revelación de la identidad de los donantes de gametos es excepcional. Sólo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo podrá revelarse dicha identidad, siempre y cuando, además, esta revelación sea indispensable para evitar el peligro (art. 5.5.3 LTRA). Por consiguiente, el lugar que para el Código ocupa la verdad biológica, y la tendencia a que sea padre legal el genético, en la LTRA lo sustituye la *voluntad* de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material

---

<sup>4</sup> BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *Redur*, nº 8, diciembre 2010, p. 28.

<sup>5</sup> A continuación se sigue a BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación"..., pp. 25-37.

reproductor empleado. *A priori*, ambas regulaciones parecen difícilmente conciliables, aunque el TC, en la STC 116/1999,<sup>6</sup> de 17 de junio, al declarar constitucional dicho anonimato, encontró una vía para su conciliación, fundada en las reglas especiales de los artículos 8 a 10 LTRA.<sup>7</sup>

Como ya se ha avanzado, y siguiendo a Barber Cárcamo, la LTRA no ha introducido un título nuevo, diferente a los recogidos en el código. Podría haberlo hecho, otorgando la condición de progenitor a quien manifestara su voluntad de serlo y accediera a cualquiera de las prácticas de fecundación asistida de una mujer concreta que la Ley admite con amplitud. Hubiera sido mucho más claro, y hubiera comportado la adición, a los títulos de determinación contemplados en el código, de uno propio, especial de la LTRA. Pero el legislador ha optado por una manera de proceder más sutil, más complicada, y al postre más insatisfactoria, porque ha generado muchas lagunas legales. La mediación de técnicas de reproducción asistida requiere la consideración de un nuevo dato, exclusivo para este tipo de fecundación, que no siendo título de atribución de la paternidad, sí es determinante para la filiación del hijo. Este dato viene dado por el consentimiento prestado por el varón para la práctica en la mujer de una determinada fecundación, consentimiento que la LTRA requiere sea formal, previo y expreso (art. 8.1) a la fecundación "con contribución de donante o donantes". Ahora bien, dicho consentimiento no atribuye la paternidad: ésta se determina por los cauces habituales, esto es, por los establecidos en el CC, en atención a la condición de casada o soltera de la madre. Si es casada, la presunción de paternidad del marido le determina como padre; si no lo es, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre, que obviamente podrá realizar libremente.<sup>8</sup>

Se añade entonces el expuesto consentimiento previo a la práctica de las

---

<sup>6</sup> Se remite nuevamente a REQUERO IBÁÑEZ, J. L., "Derecho a la vida y vida "preembrionaria"...", pp. 213-228 y RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y...", pp. 105-134.

<sup>7</sup> BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación", ..., p. 28.

<sup>8</sup> BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación", ..., pp. 30-31.

TRA:

En el primer caso –filiación matrimonial–, la imposibilidad de impugnar (tanto la mujer como el marido) una filiación que no es conforme con la verdad biológica (art. 8.1);

En el segundo –filiación no matrimonial–, la posibilidad de que, a falta de reconocimiento, sirva como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por la vía del expediente gubernativo (art. 8.2 LTRA) y, si éste deviene contencioso, a través de una acción de reclamación.

Que, lógicamente, no será la contemplada en el CC, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica, sino otra distinta, cuya pretensión vendrá basada en dicho consentimiento.

Además, la LTRA advierte que, en los casos excepcionales en que proceda, la revelación de la identidad del donante en ningún caso implicará determinación legal de la filiación: esto es, el origen biológico del material genético empleado nunca podrá alegarse para determinar la filiación y sus efectos jurídicos (art. 8.3).<sup>9</sup>

Seguidamente, el art. 9 LTRA contempla la llamada fecundación *post mortem* que regula los presupuestos bajo los que debe realizarse para que el hijo ostente la filiación del fallecido. Con una notable amplitud, que contrasta con las restricciones presentes en el Derecho comparado, el legislador permite atribuir la paternidad al marido o conviviente con la madre no sólo si a su fallecimiento se encontraba el "material reproductor" (art. 9.1) ya implantado en el útero, sino también si el varón (marido o conviviente) hubiera prestado su consentimiento formal para la utilización de su material genético en un plazo de 12 meses posteriores a su fallecimiento.

El legislador, además, presume prestado dicho consentimiento cuando antes del fallecimiento del varón se hubiere iniciado sobre la mujer un proceso de transferencia de preembriones ya constituidos (art. 9.2.2). El tenor literal del art. 9 LTRA acoge sólo la fecundación *post mortem* con material genético propio del marido o conviviente fallecido, por lo que quedan fuera los casos de fecundación heteróloga de la mujer. Por consiguiente, ha de entenderse que el consentimiento

---

<sup>9</sup> Nuevamente, se sigue a partir de ahora a BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación", ..., pp. 32 y ss.

para esta concreta fecundación sólo produce efectos *inter vivos*, y que la muerte del varón lo extingue.

Con una excepción, la de la presunción contemplada en el art. 9.2.2: aun cuando resulta bastante absurdo extender los efectos de la presunción más allá que los del consentimiento expreso, el tenor de la ley permite considerar que los preembriones constituidos antes del fallecimiento del varón pueden tener relación biológica con él o no. De manera que, en este caso, cabe atribuir la paternidad a quien ya ha fallecido y sin que tenga relación biológica con el hijo, nacido con contribución de donante (previamente consentida conforme a las reglas generales expuestas) o de una donación de preembrión.

Las reglas especiales sobre determinación de la filiación se cierran, en el art. 10.3, con una norma aplicable a los supuestos de gestación por sustitución: "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Esta Ley establece unas reglas especiales, en los artículos 7.3 y del 8 a 10, que determinan de quién serán los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

En los casos de fecundación asistida heteróloga, con contribución de donante o donantes, el hijo nacido como consecuencia de ella, tendrá la filiación legal de la mujer progenitora y del marido, cuando éstos "hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso" a ese tipo de fecundación, no pudiendo impugnar la filiación legalmente determinada ni la mujer progenitora ni el marido. Estamos, en presencia, de una *fictio legis* que otorga al hijo el *status* de hijo matrimonial en los casos en que el material genético empleado no es ni siquiera de uno de los cónyuges (artículo 8.1).

En este sentido, el artículo 8.2 contempla un supuesto de filiación no matrimonial como consecuencia de la fecundación heteróloga de la mujer, siempre y cuando el "varón no casado" preste al efecto su consentimiento, con anterioridad a la aplicación de la técnica reproductora. Aunque, el paralelismo con el supuesto anterior es evidente, lo cierto es que en materia de filiación existe una diferencia, pues, en este caso, la filiación no se presume. El consentimiento que se presta por parte del varón no casado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.2 del CC en relación con el artículo 49 de la Ley de RC es *conditio sine qua non* para la iniciación del correspondiente expediente de determinación de la filiación y subsiguiente inscripción registral, tras la correspondiente

resolución en la que así se declare la paternidad de aquél. A tal efecto, el documento extendido por el centro o servicio autorizado en que se refleje el consentimiento del varón a la fecundación, se considera, según el artículo 8.2 "escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil", quedando, no obstante, a salvo la reclamación judicial de paternidad.

En ambos casos, el consentimiento del marido o del compañero o conviviente, o de la pareja de hecho equivale a la asunción de paternidad, aun cuando ninguno de ellos sea biológicamente el progenitor.

Si la práctica de la fecundación tiene lugar en el supuesto de que el marido falleciera, tal como dispone el artículo 9.1, la mujer sólo podrá tener hijos con él, si ha sido fecundada antes del fallecimiento, esto es, la determinación legal de la filiación y el reconocimiento de efectos o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida y el marido fallecido, sólo podrá tener lugar cuando el material reproductor del marido se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. No obstante, lo indicado en el citado apartado 1 del artículo 9, se señala en el apartado 2 que el marido podrá prestar su consentimiento mediante un documento de instrucciones previas, escritura pública o testamento 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. Estamos en este supuesto ante lo que se conoce bajo la expresión fecundación *post mortem* a diferencia del anterior descrito; aunque en cualquier de los casos descritos estamos ante la premerencia del padre biológico. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas prácticas de reproducción asistida. En todo caso, se presume otorgado el consentimiento 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. Si se trata de varón no unido por vínculo matrimonial podrá igualmente hacer uso de esta posibilidad indicada; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente en el artículo 49 de la Ley de RC, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.



Finalmente, con relación a esta materia, se sigue considerando, en la línea marcada por las anteriores normas, nulo de pleno derecho todo contrato que contemple hacer uso de la llamadas "madres de alquiler" ,gestación por sustitución, artículo 10.

El apartado 1º dice: La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución no alcanza a quienes han convenido por contrato tal gestación. La filiación materna será determinada por el parto. De forma que, la madre será la gestante y no la mujer que ha pagado por ella. En cuanto a la determinación de la filiación paterna tampoco corresponde a quien ha contratado y pagado por ella; no obstante, queda a salvo respecto al padre biológico conforme a las reglas generales la posible acción de reclamación. Es decir, el legislador español cuando se plantea quién ha de entenderse como madre, si ha de elegir entre maternidad genética y maternidad de gestación, da prevalencia a la de gestación basándose en la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los 9 meses de embarazo. Por tanto madre es quien da a luz.

El apartado 2º, indica: Si la mujer que ha gestado está casada, el padre es su marido.

Imaginemos el siguiente supuesto: En un centro de reproducción asistida se utiliza un óvulo de la "madre de deseo" fecundado *in vitro* con espermatozoides del padre de deseo (que puede ser marido o pareja de hecho de la madre de deseo) e implantado a una mujer que ha de gestar, es decir, la madre de alquiler que a su vez está casada. ¿De quién se presume que es el hijo? Para el Derecho, en España, el hijo es de la madre de alquiler y del marido de ésta, que no tienen nada que ver genéticamente con el niño. El Derecho llama "padre" a quien no hace aportación genética alguna con el correspondiente deber de alimentarle, cuidarle, etc. Eso sí, el padre biológico podría reclamar la paternidad mediante la correspondiente demanda en el Juzgado.

Además, y para evitar que a pesar de la prohibición se acuda a las madres de alquiler, la ley es tajante al decir que en su punto 3º que:

Será nulo de pleno Derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero.

El alquiler de úteros es ilegal en España, según la TRA, pero es una práctica

habitual en países como India, Canadá, Israel, Reino Unido y algunos estados EEUU, lo que hace que muchas parejas busquen allí una salida. Decenas de familias españolas han viajado a California para contratar el útero de una mujer. Hasta el punto que hay quienes dicen que hemos pasado de un turismo abortivo a un turismo reproductivo.

Una empresa estadounidense, B-Coming, ofrece mujeres dispuestas a alquilar su vientre para gestar un bebé a través de un catálogo en Internet al cual se puede acceder durante 30 días previo pago de 25 dólares (unos 20 euros).<sup>10</sup>

¿Cómo se procede? Se elige a la gestante (consultando el catálogo en Internet), luego la pareja viaja a Estados Unidos para establecer las condiciones del contrato y firmarlo, pagan entre 80.000 y 90.000 euros y vuelven a España y esperan hasta que la mujer se ponga de parto. Para evitar problemas legales al llegar a España, los médicos del hospital certifican la paternidad de la pareja española y registran al neonato en el Consulado de España correspondiente.

Mientras la mujer que gestó al bebé no reclame su maternidad, no habría problemas. Sin embargo, si la mujer se arrepiente y reclama el niño, pudiendo demostrar que lo gestó, la ley española le daría la razón y el contrato quedaría sin efecto, en virtud del art. 10 Ley.

Con relación a este tema, los medios de comunicación se hacen eco continuamente de problemas surgidos por la diferencia de regulación entre España y otros países. En el 2009 salió a la luz el caso de un matrimonio de dos hombres que contrataron en Los Angeles a una mujer para que, con el semen de uno de ellos, tuviera a sus hijos y luego inscribirlo en el RC mediante la aportación de certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos. Cuando acudieron a inscribir a los dos niños en el registro consular de España en Los Ángeles, el canciller encargado del mismo dictó auto acordando denegar la inscripción alegando básicamente que los menores cuya inscripción se solicitaba eran consecuencia de la "gestación por sustitución" prohibida por la legislación española, debiendo considerarse a la gestante como

---

<sup>10</sup> Véase "¿No puedes alquilar un vientre en España? ¡Vete a EE.UU!", Diario *20 minutos.es*, 24/10/2006, en <http://www.20minutos.es/noticia/165263/0/madres/espanolas/alquiler/>, visitada el 23/09/2013.

madre legal del niño.<sup>11</sup>

Esta resolución fue recurrida y lo resolvió la Dirección General de los Registros y del Notariado el 18 febrero 2009, estima el recurso, revocando el auto y mandando se proceda a la inscripción de los menores en el registro civil consular como hijos del matrimonio formado por dos varones. Y ello por entender que "nos encontramos ante un supuesto de inscripción en el RC español por aportación de una calificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos... el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados Internacionales". Dice la Dirección General de Registros y del Notariado que se exige un control de legalidad pero que éste se circunscribe a comprobar que al registro accedan los documentos en los que consten los actos presumiblemente válidos pero no abarca el examen de si la solución jurídica en él contenida es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas españolas.<sup>12</sup>

El Ministerio Fiscal interpuso demanda contra esta resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado estimándose la misma en sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia Sentencia de 15 septiembre 2010 (REC. 188/10) basándose fundamentalmente en tres motivos:

1º. Que "el encargado del Registro Civil Consular debe, de acuerdo con el art. 23 LRC examinar la legalidad conforme a la ley española del certificado extendido en el Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español. Al estar prohibida en España la gestación por sustitución, debe impedirse el acceso al Registro la inscripción así intentada".

---

<sup>11</sup> Véase FUENTES TOMÁS, P., "La familia in vitro: filiación en la ley sobre técnicas de reproducción asistida humana (Ley 14/2006, de 26 de mayo), en [http://www.elderecho.com/civil/filiacion-Ley-tecnicas-reproduccion-asistida\\_11\\_373180001.html](http://www.elderecho.com/civil/filiacion-Ley-tecnicas-reproduccion-asistida_11_373180001.html), visitada el 18/11/2014.

<sup>12</sup> Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia; Sentencia de 15 septiembre 2010 (REC. 188/10).

2º. No permitir esta inscripción de la filiación a favor de los dos varones no es discriminatorio por tratarse de sujetos del mismo sexo porque "la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

Esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue entre sexos sino que el hecho determinante es la forma de alumbramiento, quizás en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegación de la inscripción".

3º. En cuanto al interés superior del menor, el Tribunal dice que "el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de Luis y Fernando, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de la vías que el derecho español establece.

Esta sentencia está recurrida en apelación pero la Dirección General de Registros y del Notariado consciente de la problemática y asumiendo la realidad de que la gestación por sustitución es un hecho consolidado en otros países y que los españoles utilizan, dictó una instrucción de 5 Octubre de 2010 (BOE de 7 Octubre) sobre "régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución".

En éstas se marcan las directrices para la inscripción de dichos menores, siendo el requisito previo para la inscripción que se presente la solicitud junto a la resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Con ello quedará "demostrada la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción". También dice que quedará "verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución

que encubra el tráfico ilegal de menores, así como la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento u otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen". La resolución que determina la filiación del menor, dictada por un Tribunal extranjero, debe ser reconocida en España de conformidad con los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente 2014, esto es el exequátur, si esa resolución extranjera fue dictada mediante un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa. En este caso, el encargado del RC denegará la inscripción de la resolución, si no se ha hecho previamente el exequátur de la misma. En caso de que la resolución judicial derive de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la inscripción de la filiación no queda sometida al requisito del exequátur por parte de un juez español, sino al reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo por parte del encargado del RC. Por tanto, cuando se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del RC denegará la inscripción.

Ello no impedirá que el padre biológico pueda intentar dicha inscripción mediante la acción de reclamación de la paternidad, regulada en el art. 10,3 de la Ley 14/2006 de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana y arts. 764 y ss. LEC.

Recientemente los tribunales intentan dar respuestas a esta problemática que causa esta misma ley: STS, Civil sección 1 de 18 de Enero del 2012. Al respecto, la Ponente Encarnación Roca Trias (ROJ): STS 567/2012) dicta:

Aunque no sea de aplicación, porque el recurso se formuló al amparo de la LEC/2000, resulta conveniente hacer alusión al Acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y recursos extraordinarios por infracción procesal, formulado en relación a la ley 37/2011, de 10 octubre, sobre Medidas de Agilización Procesal, que incluye como causas de inadmisión del recurso de casación "no haberse tramitado para la tutela civil de los derechos fundamentales el proceso en que se dictó la sentencia recurrida (art. 477.2,1º LEC)". La causa estaba ya en vigor cuando se formuló el recurso de casación de D<sup>a</sup> Visitación, que no debería haber sido admitido, a pesar de la novedad e interés del problema que se plantea en el mismo y que hubiera sido perfectamente posible plantearlo alegando el interés casacional,

por fundarse en una norma, el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, que no llevaba más de cinco años en vigor (art. 477.3 LEC/2000) en el momento de presentarse el recurso.<sup>13</sup>

El elemento que determina claramente la discontinuidad normativa de la Ley 14/2006 viene constituido por el concepto de "viabilidad" del preembrión.

En la interpretación de este concepto-criterio, el legislador recoge el contenido del II Informe de la CNRAH, en el cual se afirmaba que "una vez aceptada la práctica [...] desde el punto de vista ético, la vía más adecuada de reconocer tales prácticas es introducir esa posibilidad en las normas, modificando éstas con un pronunciamiento expreso de quien representa la voluntad popular, y estableciendo las condiciones que deben ser necesarias para la realización de estas prácticas".

En este sentido, el artículo 15 de la Ley 14/2006 permite, bajo condiciones y requisitos tipificados en su texto, "la investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", ampliando así en dos directrices la posibilidad del empleo con finalidades científico-experimentales de los preembriones sobrantes.

Por un lado, se generaliza la posibilidad de investigar con ellos, eliminando el límite temporal introducido por la Ley 45/2003; de otro lado, desaparece el requisito de la no viabilidad exclusivamente para los preembriones sobrantes como condición de su empleo con fines científicos.

Así, el legislador de 2006 ha elegido una solución normativa coherente con la opinión de la CNRAH, ejerciendo su poder político discrecional para permitir el empleo de preembriones sobrantes con fines de investigación científica como

---

<sup>13</sup> ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987 En el volumen de filiación a finales del siglo XX, 1988*, pp. 17-50.

elección concurrente con una pluralidad de destinos posibles.<sup>14</sup> La opción entre éstos corresponde exclusivamente a la autodeterminación de los sujetos implicados en la aplicación de las técnicas, porque "la utilización de los preembriones [...] para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado" (art. 16, apartado segundo). El consentimiento de la mujer (o de la pareja) asume, por lo tanto, la función de condición necesaria para cualquier empleo de los preembriones crioconservados.

Además, este consentimiento tiene que ser lo más consciente y responsable posible, puesto que, más allá de puede ser "modificado en cualquier momento anterior a su aplicación", "cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente" (art. 11, apartado sexto). Desde esta perspectiva quedan resueltas las dudas que existían respecto al implícito reconocimiento de la Ley de 2003 de una relación de preponderancia interna de los destinos de los preembriones sobrantes. Todo lo contrario. En un sistema de progresiva expansión del alcance de la protección jurídica del preembrión, debe favorecerse una utilización con fines reproductivos y garantizarse una posibilidad de desarrollo vital del mismo preembrión.

Por un lado, garantiza la autodeterminación de la mujer (o pareja) en sus opciones reproductivas (art. 10.1 CE), a través de la aplicación de un principio de pluralismo procedimental, entendido éste como aplicación de instrumentos procesales e institucionales destinados a permitir el libre y responsable ejercicio de la libertad individual. Por otro lado, a través del sistema de actualización del consentimiento y de la potencial modificabilidad de la elección inicial, garantiza una flexibilidad que limita la aparente rigidez del sistema, cuya formal determinación legal no permitiría la individualización de una jerarquía entre sus posibles destinos.

De esta manera, dejando a la libre –en cuanto consciente– determinación de la mujer (pareja) la elección del posible destino de los preembriones sobrantes, la

---

<sup>14</sup> Se sigue a continuación a PENASA, S., "La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento", en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 18, enero de 2010, pp. 17 y ss.

jerarquía entre las distintas opciones no está predeterminada por el legislador, sino por la eficacia de un sistema de progresiva extensión del alcance de protección del preembrión.

Se favorecen así las soluciones que resguarden el bien jurídico constitucionalmente protegido "preembrión *in vitro*"; se determina un espacio, residual y exclusivo, a la voluntad de la mujer (pareja), abierto a su ponderación; se garantiza el derecho constitucional "a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica" (art. 20, apartado primero, CE); y, por último, se cumple "el mandato recogido en el artículo 44.2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general".

Otro elemento legislativo de naturaleza procedimental parece confirmar la tendencia garantista del modelo adoptado.

La Ley 14/2006 prevé un consentimiento doble de los sujetos implicados: uno "preventivo", de alcance general, y otro "sucesivo", específico para cada proyecto de investigación en el que deberá ser utilizado el material biológico procedente de los preembriones sobrantes crioconservados.<sup>15</sup> Esta opción normativa garantiza tanto un mayor nivel de conciencia y actualidad del consentimiento como una creciente utilidad y compatibilidad del mismo proyecto de investigación con la voluntad consciente y responsable de quien autorice el empleo de los preembriones. El destino con fines de investigación científica de los preembriones sobrantes no parece, pues, haber sido considerado por el legislador español de 2006 como "alternativa última al cese de su conservación", tal como fue sugerido por la CNRAH, sino como posible utilización concurrente –alternativa y no subordinada– a las demás tipificadas, reservando a la voluntad de la mujer (pareja) la facultad de una elección vinculante, tanto para los poderes públicos como para los centros médicos en los cuales están crioconservados los preembriones.

La doble perspectiva normativa adoptada por el legislador, tanto en el proceso de determinación del contenido legal de la regulación del fenómeno científico, como en la sucesiva etapa de aplicación del mismo, a través de la

---

<sup>15</sup> Se sigue de nuevo a PENASA, S., "La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad...", p. 19 y ss.



implicación de organismos técnicos independientes instituidos *ad hoc*, garantiza para el preembrión un nivel de protección ponderado con los derechos de los sujetos afectados, en coherencia con la Jurisprudencia del TC y con la (aunque ambigua) regulación internacional en este ámbito. Desde esta perspectiva, reconociendo una condición de creciente gradualidad en el nivel de protección jurídica correspondiente a las distintas fases de desarrollo biológico del "producto" de la fecundación, el hecho de crioconservar los preembriones sobrantes puede verse como un instrumento cuya finalidad consiste en garantizar una ulterior posibilidad de desarrollo para el mismo preembrión.

Con ello, a través de la crioconservación, se garantiza un punto de equilibrio entre intereses en juego, porque aquélla representa una posibilidad (aunque eventual) de desarrollo biológico para el preembrión, pero garantiza también un nivel de protección adecuado para la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida, al poder elegir la utilización con finalidad reproductivas de los preembriones crioconservados sin someterse a otras estimulaciones ováricas en distintos ciclos, y porque cumple, finalmente, con el interés general al fomento y desarrollo del conocimiento científico con finalidades terapéuticas.

El equilibrio alcanzado parece adecuado al nivel de protección constitucionalmente garantizado a los distintos intereses y derechos afectados, conforme con el primer apartado del artículo 53 de la CE, que pone el límite infranqueable de las normas que los desarrollan en su contenido esencial.

Como ha expuesto Penasa, "El hecho de que las garantías de una utilización constitucionalmente compatible de los preembriones sobrantes asuma una naturaleza procedimental no parece reducir su eficacia, ni en el momento *ex ante* de la decisión de la mujer, ni tampoco *ex post* en la fase de la autorización de los distintos proyectos de investigación que utilicen material biológico procedente de los preembriones; todo lo contrario, se potencia su efectividad y eficacia".<sup>16</sup>

En atención a la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 44.2 el CC), viene a suponer que la práctica de tales técnicas de reproducción asistida, y los consentimientos requeridos, así como la determinación de la filiación, puedan

---

<sup>16</sup> PENASA, S., "La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad...", p. 20.

aplicarse también en parejas homosexuales, si bien solo podrán serlo en matrimonio de mujeres, ante la imposibilidad de embarazo por ahora del varón.

Por último, las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

De las diferentes infracciones será responsable su autor. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan. De conformidad con lo previsto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves.

Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves:

- a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la trasgresión de cualquier prohibición establecidas en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.
- b) Son infracciones graves, entre otras:
  1. La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.
  2. La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.
  3. La omisión de datos, consentimientos, y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de a historia clínica en cada caso.
  4. La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados

por los donantes y en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.

5. La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.

6. En el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.

c) Y son infracciones muy graves:

1. Permitir el desarrollo *in vitro* de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

2. La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuentan con la debida autorización.

3. La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.

4. La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

5. La selección de sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.<sup>17</sup>

A modo de conclusión, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, a pesar de sus debates abiertos en torno a los problemas éticos que plantea ,intentó dar soluciones a los conflictos que estaban surgiendo en la sociedad. Su promulgación se enmarcó en la línea que estaban siguiendo otros países europeos e introduce importantes novedades a las leyes precedentes. Su pretensión fue la de ser una ley de corte liberal, práctica y mejor estructurada que la anterior y, sobre todo, ser ejemplo para otros países Europeos.

---

<sup>17</sup> LLAMAS POMBO, E. (ed.), *La Ley. Códigos septiembre 2008*, Grupo Wolters Klumer.



### 5.5. LEY 14/2007, DE 3 DE JULIO, DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA<sup>1</sup>

Todo ello no era suficiente, y el 14 de julio de 2007, el Congreso de los diputados aprobó definitivamente la Ley de Investigación Biomédica que había comenzado su andadura parlamentaria nueve meses antes (el 15 de septiembre de 2006), cuando el Consejo de Ministros del Gobierno del Estado aprobó la remisión al Parlamento del correspondiente Proyecto de Ley. Dicho Proyecto de Ley fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha 22 de septiembre de 2006, para iniciar así el proceso reglamentario. La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica fue publicada en el BOE núm. 149, el día 4 de julio de 2007. En la exposición de motivos de este texto legal se explicita la importancia que en los últimos años ha adquirido la obtención, utilización, el almacenaje y la cesión de las muestras biológicas con fines diagnósticos e investigadores. Asimismo, se añade que las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos son cada día más frecuentes y necesarias. En esta línea son cada día más necesarias las investigaciones con gametos, embriones y con células embrionarias, orientadas a la terapia celular y a la medicina regenerativa. Por lo tanto, "a nuevos avances científicos, nuevos retos éticos"; es

---

<sup>1</sup> Véase, entre otras, DE MIGUEL BERIAIN, I., "El concepto de embrión en la ley 14/2007, de julio, de investigación biomédica, en ADROHER BIOSCA, S. / DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. / CORRIPOP GIL-DELGADO, M. de los R. / VEIGA COPO, A. B. (coords.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.991-1006; GONZÁLEZ MORÁN, L., "Tratamiento de la información y el consentimiento informado en la Ley 14 /2007, de investigación biomédica", en HERRÁN, A. I. / EMALDI CIRIÓN, A. / ENCISO, M. (coords.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pp. 275-288; LACADENA CALERO, J. R., "La Ley 14/2007 de Investigaciones Biomédica: algunos comentarios sobre aspectos éticos y científicos", en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 27, 2007, pp. 13-35 y RAMIRO AVILÉZ, M. A., "Impacto de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica en los ensayos clínicos", en *Medicina clínica*, vol. 130, nº 20, 2008, pp. 783-786.

decir, en la Exposición de motivos del texto legal se reconoce la honda preocupación moral que suscitan los procedimientos a emplear, así como también los materiales con los que hay que investigar, literalmente reza:

La investigación biomédica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar, que ha cambiado de manera sustancial, tanto metodológica como conceptualmente, en los últimos años. La aparición de nuevas herramientas analíticas ha llevado a grandes descubrimientos que permiten albergar fundadas esperanzas sobre el tratamiento e incluso la curación en un futuro no muy lejano de patologías hasta ahora inabordables. En pocos años ha cobrado enorme relevancia la obtención, utilización, almacenaje y cesión de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación, son cada vez más frecuentes las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, y la investigación con gametos, embriones o células embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano. Además, estos nuevos avances científicos cuestionan la organización en la que hasta ahora se ha basado la investigación biomédica, que en este nuevo contexto exige enfoque multidisciplinar, aproximación del investigador básico al clínico y coordinación y trabajo en red, como garantías necesarias para la obtención de una investigación de calidad España, que ya participa de manera decidida en la generación del conocimiento biomédico, no es ajena al interés por estas investigaciones y al debate que suscitan. En este sentido, las Administraciones públicas están apoyando decisivamente la investigación biomédica y están aportando a tal fin importantes recursos económicos y humanos y las infraestructuras necesarias para impulsarla. Tanto la Administración General del Estado, en ejercicio de la competencia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica que prevé el artículo 149. 1. 150. de la Constitución, como las administraciones de las comunidades autónomas, que en sus Estatutos han recogido de manera

unánime la competencia de fomento de la investigación, están configurando estructuras de investigación biomédica en red abiertas a la participación y colaboración de las entidades privadas, de los distintos organismos de investigación y las universidades y de los propios centros del Sistema Nacional de Salud, con el objetivo de aprovechar de manera eficiente los recursos disponibles y obtener, a partir de la aportación de los distintos grupos de investigación, unos resultados trasladables a la mejora de la salud de los ciudadanos. De esta forma se cumple en el ámbito de la investigación biomédica con el mandato recogido en el artículo 44. 2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.<sup>2</sup>

Como texto concluyente a lo expuesto anteriormente, la ley termina diciendo en la Exposición de motivos que:

Esta Ley se inscribe en este contexto y si, por una parte, responde a los retos que plantea la investigación biomédica y trata de aprovechar sus resultados para la salud y el bienestar colectivos, por otra, impulsa y estimula la acción coordinada de los poderes públicos y de los organismos e instituciones públicos y privados dedicados a la investigación, a los que se dota de mejores instrumentos para cumplir su tarea. Para conseguir estos objetivos, además, la Ley fija normas en ámbitos no regulados hasta la fecha o que lo han sido de forma fragmentaria o ajena a los cambios producidos en los últimos años, tales como los análisis genéticos, a investigación con muestras biológicas humanas, en particular las de naturaleza embrionaria, o los biobancos.<sup>3</sup>

En el apartado II de la Exposición de motivos se añade que esta ley debe garantizar la protección de los derechos de las personas implicadas en los procesos de investigación, de acuerdo con los principios de nuestra CE, con los contenidos en la Convención del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones

---

<sup>2</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio de investigación Biomédica, BOE núm. 159/2007, de 4 de Julio de 2007.

<sup>3</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio de investigación Biomédica, BOE núm. 159/2007, de 4 de Julio de 2007.

de la biología y la medicina. En línea con estos principios la Ley proclama que "la salud y el bienestar de toda persona que tome parte en la investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad y de la ciencia". Asimismo, en este apartado, se afirma que "la ley garantiza la libertad de investigación y de producción científica", de acuerdo con el artículo 20 de la CE.

En el plano organizativo, la ley crea unos órganos colegiados, como son los Comités Éticos de Investigación, la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Comité de bioética de España, como "órgano competente para la consulta de todos aquellos aspectos con implicaciones éticas y sociales del ámbito de la Medicina y la Biología que deberá ser responsable de fijar las directrices y principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica que desarrollen los Comités Éticos de Investigación".

En el apartado III de la Exposición de motivos se destaca la prohibición de crear "preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana"; es decir, lo anterior se sitúa en línea con lo expresado por las STC. No obstante, se puntualiza que "sin embargo, la ley permite usar cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación siempre que no impliquen la creación de preembriones con este fin exclusivo".<sup>4</sup> Este marco legislativo se basa en el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, también en las declaraciones internacionales, como las de la UNESCO referentes al Genoma Humano y Derechos Humanos de 1997, así como la referida a datos genéticos humanos de 2003, o las más reciente de Bioética y Derechos Humanos de 2005. Esta ley pretende, por un lado, responder a los retos que plantea la investigación biomédica y por otro, impulsar y estimular la acción coordinada de los poderes públicos y de los organismos e instituciones públicos y privados dedicados a la

---

<sup>4</sup> CAMBRÓN, A., "Comentarios a la Ley de investigación biomédica y al Comité de bioética de España", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, pp. 159-184.



investigación, a los que se dota de mejores instrumentos para cumplir su tarea, se articula en noventa artículos, quince capítulos, ocho títulos, tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cinco finales. que, básicamente, se puede resumir en:

Título I: Disposiciones generales

Las disposiciones generales recogidas en este título I marcan el eje rector y vertebrador de la ley estableciendo el objeto y el ámbito de la norma, definiendo un catálogo de principios y garantías para la protección de los derechos de las personas y de los bienes jurídicos implicados en la investigación biomédica.

Esta norma abarca la investigación básica y la clínica con exclusión de los ensayos clínicos con medicamento y el implante de órganos, tejidos y células que son reguladas por normativa específica.

Título II: Evaluación, autorización y aseguramiento del daño Esta parte de la ley está dedicada las investigaciones biomédicas que implican procedimientos invasivos en seres humanos.

Título III: Sobre la donación y el uso de embriones y fetos humanos de sus células, tejidos u órganos. Este título se desarrolla en dos capítulos. El primero de ellos tiene por objeto la revisión y la actualización del régimen legal establecido en la Ley 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, mientras que el segundo de los capítulos establece las condiciones para la investigación con embriones y fetos humanos.

Título IV: Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes En el título IV, la regulación de la donación, el uso y la investigación con células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes se efectúa con pleno respeto a lo previsto en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. En esta parte de la ley cabe destacar la prohibición expresa de constitución de preembriones y embriones humanos con fines de experimentación y se autoriza la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación.

Título V: Análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos Este título V regula la realización de análisis genéticos, el acceso y uso de sus resultados, así como la obtención y utilización de muestras biológicas de origen humano. Cabe destacar que esta ley establece la necesidad de acreditación de los centros y personas capaces de realizar análisis genéticos.

Título VI: Infracciones, sanciones y compensaciones por daños En este apartado de la ley se recoge el régimen de infracciones y sanciones administrativas que se fundamenta en los principios de legalidad, mínima intervención, proporcionalidad y subsidiariedad respecto de la infracción penal.

Título VII: El Comité de Bioética de España

Este título establece las funciones, la composición y las normas de funcionamiento del Comité de Bioética de España, que es un órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo.

Título VIII: Promoción y coordinación de la investigación biomédica en el Sistema Nacional de Salud En esta parte de la ley es de relevancia el apartado dedicado a la elaboración de la iniciativa sectorial dentro del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, creando un entramado normativo instrumental para la promoción de la investigación científica de excelencia, dirigida a resolver las necesidades de salud de la población, y en particular la práctica clínica basada en el conocimiento dentro de las estructuras del Sistema Nacional de Salud.

Hay que tener en cuenta las Recomendaciones del Consejo de Europa, principalmente las referentes a la investigación con material biológico de origen humano de 2006.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA, y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, suponen la plataforma legal para que en nuestro país se pueda proceder con todos los parabienes a dos técnicas científicas discutidas y discutibles: la investigación con células madre embrionarias y la clonación

terapéutica.<sup>5</sup> En pocas palabras, la supresión del límite de tres embriones *in vitro* como máximo de embriones a implantar en el útero de la mujer que acude a las técnicas de reproducción artificial permite que vuelva a haber embriones sobrantes, considerados como material para la investigación en las poco menos que "milagrosas" células madre embrionarias. A la vez que, como vía alternativa para obtener dichas células, también puede acudir a la transferencia nuclear, que, como veremos más adelante, es un burdo intento de ocultar que estamos ante una auténtica clonación, procedimiento científico cuya realización no está recomendada por las Naciones Unidas, amén de estar tipificada como delito en el CP español de 1995, pero que deja de estar sancionada administrativamente en la LTRA.

El debate se plantea en un momento en el que, debido a la multiculturalización que afecta a la Ciencia en general y a las Ciencias de la vida en particular, se está planteando cómo llegar a la formulación de grandes principios anclados en la dignidad humana de toda persona, que nos sirvan, entre otras cosas, para saber qué cosas, pudiendo ser hechas, no deben ser hechas. O, como muy recientemente se ha propuesto, ¿puede existir una ética –y, por ende, una bioética– válida para toda la humanidad, por encima de los credos religiosos? Eso serviría para desactivar la acusación recurrente de que la religión entorpece el progreso científico, olvidándose aquellos que formulan tal afirmación de que la ciencia –al igual que la libertad humana– debe tener unos límites, y que la ética derivada de las grandes religiones puede ser un buen punto de partida para la formulación de esos principios bioéticos válidos en todo lugar y para todas las épocas, comenzando por la nuestra.<sup>6</sup>

En España, las dos leyes aprobadas –la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, y la Ley 14/2007 de investigación biomédica– no parece ser que ayuden mucho a resolver los problemas éticos, ni jurídicos en un

---

<sup>5</sup> Se sigue, a continuación, a CORRAL GARCÍA, E., "La desprotección jurídica del embrión tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica", en *Cuadernos de Bioética*, XX, 2009, 2º, p. 183.

<sup>6</sup> CORRAL GARCÍA, E., "La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica", *Cuadernos de Bioética*. XX, 2009/2ª p. 185.

principio planteados, y 2010, después de muchos problemas, surge el RD por el que se regular la CNRAH.

### **5.6. REAL DECRETO 42/2010, DE 15 DE ENERO, POR EL QUE SE REGULA LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

El RD 42/2010, de 15 de enero es importante para esta investigación porque en ella se detalla la regulación de la CNRAH. En la Exposición de motivos de esta ley se expone todo lo concerniente a dicha comisión:

Cumpliendo con lo establecido en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida -en adelante la Comisión- como un órgano colegiado de carácter permanente y consultivo, dirigido a orientar acerca de la utilización de estas técnicas y colaborar con las administraciones públicas en lo relativo a esta materia y sus derivaciones científicas.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida –que deroga la anterior– en su artículo 20, establece el objeto, la composición y las funciones de la Comisión.

Como consecuencia de ello, el Real Decreto 906/2007, de 6 de julio, modificó el Real Decreto 415/1997, introduciendo nuevas funciones que la Ley 14/2006, asignó al Órgano colegiado y constituyendo una Comisión Técnica que facilitara el trabajo del Pleno.

La consolidación de las técnicas básicas de reproducción humana asistida ha devenido en una práctica de rutina asistencial, plenamente incorporada a la cultura colectiva y de enorme aceptación social. Sin embargo, el desarrollo en los últimos años de nuevos avances en técnicas de reproducción humana asistida, como el diagnóstico preimplantacional, la genética reproductiva, las técnicas de diagnóstico mínimamente invasivas, etc., ha conducido a una necesidad de análisis de aspectos más especializados relacionados con las nuevas posibilidades técnicas y científicas.

Este hecho, unido a las nuevas atribuciones que la ley 14/2006, de 26 de

mayo, confiere a la Comisión, requieren de ésta una estructura más ágil y especializada que le dote de un funcionamiento más eficaz, dado que determinados asuntos exigen mayor grado de conocimiento y discusión técnica al mismo tiempo que una mayor celeridad en el análisis y en la toma de acuerdos, a pesar de las complejidades técnicas y científicas que conllevan.

Por ello, con el fin de mejorar la operatividad de la Comisión, este real decreto modifica su composición, reduciendo el número de sus miembros, pero con estricto cumplimiento de la representación que establece el artículo 20.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

También, para lograr la máxima agilidad cuando se estime necesaria, el real decreto permite que tanto el Pleno como el Comité Técnico Permanente previsto, puedan constituirse y adoptar acuerdos por medios electrónicos, según lo establece la disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Este real decreto se ha sometido a informe previo del Consejo Inter territorial del Sistema Nacional de Salud .En su virtud, a propuesta de la Ministra de Sanidad y Política Social, con la aprobación previa de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión de del día 15 de enero de 2010.

La CNRAH es el órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. Como se ha indicado, la comisión se creó mediante el RD 415/1997, de 21 de marzo, que fue modificado por el RD 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos, y que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempla en su articulado.

El RD 42/2010 recoge las siguientes funciones y atribuciones de la CNRAH, son las siguientes:

- a) Informar sobre el desarrollo y actualización de conocimientos científicos, en relación con las técnicas de reproducción asistida contempladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- b) Proponer criterios y normas para la mejor orientación en la utilización de dichas técnicas.
- c) Informar y proponer criterios en relación con el estudio de los donantes y usuarios de las técnicas de reproducción asistida.
- d) Estudiar, actualizar y proponer listas de enfermedades genéticas y hereditarias que pudiendo ser objeto de diagnóstico genético preimplantatorio, reúnan dudas o incertidumbres acerca de su inclusión en los supuestos recogidos en el artículo 12.1 de la Ley 14/2006.
- e) Informar y proponer criterios acerca de los requisitos técnicos y funcionales para la autorización y homologación que, con carácter general, deben cumplir los centros y servicios donde se realicen las referidas técnicas y los respectivos equipos biomédicos, sin perjuicio de que las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias establezcan las características específicas que entiendan oportunas.
- f) Colaborar en la elaboración de normas y protocolos de funcionamiento de los centros o servicios donde se apliquen las técnicas.
- g) Elaborar e informar directrices para el seguimiento y evaluación de los resultados y complicaciones de estas técnicas, así como de los centros que las realizan.
- h) Evaluar los resultados de los proyectos autorizados de investigación y experimentación que se realicen con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos en materia de reproducción asistida.
- i) Asesorar a las Administraciones competentes, en la elaboración, desarrollo y aplicación de la normativa sobre reproducción asistida.
- j) Informar y asesorar a las Administraciones sanitarias competentes en relación con la publicidad científico-técnica, campañas publicitarias, divulgativas o similares, que sobre la reproducción asistida, sus centros, servicios, aplicaciones, o sus derivaciones, puedan producirse, con

independencia de quien fuera la entidad patrocinadora de los mismos y el soporte utilizado a tal fin.

k) Asesorar con respecto a los estudios tendentes a la actualización de la legislación vigente en materia de reproducción humana asistida.

l) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1. La autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimental, no recogida en el anexo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

2. La autorización ocasional para casos concretos y no previstos en la citada Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en su artículo 12.2.

3. La autorización de prácticas terapéuticas previstas en el artículo 13 de la misma Ley

4. La autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción humana asistida.

5. En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en la citada Ley, o directamente relacionadas con la reproducción asistida.

6. Las cuantías de las compensaciones económicas resarcitorias a los donantes, que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación, cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto.

m) Asesorar y orientar en la investigación o experimentación sobre la esterilidad humana, gametos y preembriones en los términos señalados en el capítulo IV de la Ley 14/2006.

n) Cualesquiera otras que le fueran encomendadas o solicitadas por las Administraciones sanitarias competentes.<sup>1</sup>

Por tanto, a modo de conclusión, la CNRAH es el órgano colegiado del

---

<sup>1</sup> RD 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-1705](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-1705), visitada el 18/06/2014.



Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las TRA, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.

La comisión se creó mediante el RD 415/1997, de 21 de marzo, que fue modificado por el RD 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos, y que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA contempla en su articulado.

La legislación vigente no da una respuesta aceptable a los debates éticos surgidos de los recientes avances científicos, y más concretamente en lo que se refiere a las TRA. Lo que está claro es que el avance en la investigación es imparable y que el progreso científico es continuo, pero el debate que han suscitado las nuevas TRA va mucho más allá de los problemas científicos y técnicos, ya que se trata de un problema que afecta directamente a toda la sociedad. La legislación vigente no responde correctamente a las incógnitas que cada día genera la aparición de nuevos avances científicos. En un artículo publicado la doctora Paz M. de la Cuesta Aguado del Departamento de Sociología de Ciencias Sociales de la Universidad de Barcelona sobre los problemas que suscita la reproducción asistida desde la bioética y el derecho,<sup>2</sup> se explica que la línea básica del razonamiento moral y jurídico es la protección de los derechos humanos y que éstas son las pautas que deben seguir los médicos, biólogos y la sanidad en general, al desarrollar y aplicar las TRA. Pero, por otro lado, también contempla que la CE considera como un derecho fundamental la libertad de investigar.

En definitiva, todo esto suministra el marco en que se debería desarrollar el análisis de los problemas que suscitan estas técnicas.

El número de preguntas que nos surgen al hablar de estas técnicas es infinito y la verdad es que no tienen una única respuesta, sino que dependerá de la condición social, cultural moral y política de cada individuo.

---

<sup>2</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, M., "La intervención penal en el ámbito de la reproducción asistida", extracto de su *Reproducción asistida sin consentimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, en <http://inicia.es/de/pazenred/bioetica.htm>, visitada el 19/09/14.



**5.7. REAL DECRETO LEY 9/2014 DE 4 DE JULIO POR EL QUE SE ESTABLECE LAS NORMAS DE CALIDAD Y SEGURIDAD PARA LA DONACIÓN, OBTENCIÓN, LA EVALUACIÓN, EL PROCESAMIENTO, LA PRESERVACIÓN, EL ALMACENAMIENTO Y LA DISTRIBUCIÓN DE CÉLULAS Y TEJIDOS HUMANOS Y SE APRUEBA LAS NORMAS DE COORDINACIÓN Y FUNCIONAMIENTO PARA SU USO EN HUMANOS.**

El RD ley 9/2014, en sustitución del RD 1301/2006, supone la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2004/23/CE, del Parlamento europeo y el Consejo, en materia de 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, todo ello como consecuencia de la sentencia de 30 de mayo de 2014, de la Sala Tercera del TC<sup>1</sup> que declaró nulo el RD 1301/2006, por el que se establecían 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 aprobaron las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Respecto a la sentencia de 30 de mayo de 2014 del TC son interesantes las reflexiones de Jouve quien dice que:

A la vista de esta sentencia se deduce la necesidad de revisar dos leyes españolas de reciente implantación: la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, de Reproducción Humana Asistida y de Investigación con Embriones; y la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica. BOE 7 de Julio de 2007. Estas leyes quedan obsoletas y en flagrante ilegitimidad, por muchas razones, pero en concreto por la pretensión de considerar algo diferente a un embrión a lo que en estas leyes se llama "preembrión". Un concepto inexistente en Biología y creado con el fin de dejar desprotegida y habilitada para la utilización, con

---

<sup>1</sup> BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014, pp. 52716-52763.

fines de investigación, esta fase inicial de la vida humana –desde la fecundación hasta la implantación–.<sup>2</sup>

Jouve, más adelante, valora la sentencia de la siguiente manera:

De hecho en estas leyes se mantienen la falsa utilización del concepto de "preembrión", referido a un embrión de menos de 14 días, con el fin de camuflar su auténtica naturaleza embrionaria. No es solo una manipulación del lenguaje, es una falacia que viene siendo denunciada desde hace mucho tiempo por la ciencia y que ahora cristaliza en la sentencia del tribunal de Justicia Europeo, al reconocer el estatus de embrión al organismo que empieza su existencia en el momento de la fecundación, y al establecer que se destrucción atente al orden público y la moral. Esto afecta de lleno a las citadas leyes españolas, en las que se legislaba sobre lo que ahora condena el alto tribunal europeo. Así, por ejemplo, ya ha de servirse el propio título de la Ley de Reproducción Humana Asistida y de Investigación con Embriones, en la que además, en el Capítulo IV se establecen los detalles sobre la Investigación con gametos y preembriones humanos. Del mismo modo la sentencia afecta a los Títulos III y IV de la Ley de Investigación Biomédica, que establecen las condiciones para la investigación biomédica con embriones y fetos humanos o sobre la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria. Además, estas leyes promueven la utilización de los mal llamados "preembriones" procedentes de las técnicas de fecundación *in vitro*, o incluso su producción por trasplante de núcleos, con fines de investigación o como fuente de células madre. Todo esto queda invalidado por la sentencia del tribunal de Justicia Europeo al suponer la destrucción de los embriones.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> JOUVE, N., "La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo a favor de la vida humana en estado embrionario y las Leyes españolas", en [http://www.paginasdigital.es/v\\_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2581&te=&idage=&vap=0&codrel=1407](http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2581&te=&idage=&vap=0&codrel=1407), visitada el 21/9/2014.

<sup>3</sup> JOUVE, N., "La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo...", en [http://www.paginasdigital.es/v\\_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2581&te=&idage=&vap=0&codrel=1407](http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2581&te=&idage=&vap=0&codrel=1407), visitada el 21/9/2014.

En este RD-Ley 9/2014 aparecen diversas referencias al embrión y a su tratamiento jurídico. Así, el capítulo I reza:

El capítulo I contiene las disposiciones generales relativas al objeto y ámbito de aplicación de la norma; a las definiciones; a los principios de gratuidad y carácter no lucrativo; a la promoción y publicidad; a la educación y a la formación; y a la confidencialidad. El presente real decreto-ley resulta de aplicación a todos los tejidos y células humanas, incluyendo las células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica, cordón umbilical o médula ósea; las células reproductoras, excepto en los aspectos regulados en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; las células y tejidos fetales, y las células troncales adultas y embrionarias cuando su finalidad sea el uso terapéutico o la aplicación clínica. Se excluyen de su ámbito de aplicación, la sangre y los productos sanguíneos, a excepción de las células progenitoras hematopoyéticas y los órganos humanos. También quedan excluidos de dicho ámbito los procedimientos de investigación con células y tejidos que no incluyan una aplicación en el cuerpo humano. Esta norma prevé, además, la posibilidad de que existan establecimientos entre cuyas actividades figure la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso autólogo, estableciendo las condiciones que tales establecimientos deben cumplir.<sup>4</sup>

En el artículo 33.2 se expone sobre las células embrionarias que:

En el caso de células embrionarias de eventual aplicación en humanos, la Organización Nacional de Trasplantes y los responsables del Banco Nacional de Líneas Celulares y de la Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, establecerán un sistema que garantice el seguimiento previsto en el apartado anterior.<sup>5</sup>

Importante es, igualmente, cuando se habla sobre el transporte de las células. En este sentido, en RD-Ley 9/2014 se obliga a que las células embrionarias tengan un tratamiento especial:

III) Etiquetado externo para el contenedor de envío o transporte.

---

<sup>4</sup> BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014, p. 52718.

<sup>5</sup> BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014, p. 52735.

Para el envío, el contenedor primario debe ir incluido en un contenedor de transporte adecuadamente etiquetado. Esta etiqueta contendrá, al menos, la siguiente información:

- 1) Identificación del establecimiento de tejidos de origen, incluyendo la dirección, el teléfono y la persona de contacto.
- 2) Identificación del centro de implante de tejidos o establecimiento de tejidos de destino, incluyendo la dirección, el teléfono y la persona de contacto.
- 3) La constatación de que el paquete contiene tejidos o células humanas y que debe ser manejado con cuidado.
- 4) Si se envían células vivas y el mantenimiento de la viabilidad es básico para el éxito del injerto, como es el caso de los progenitores hematopoyéticos, células precursoras, gametos o células embrionarias, debe añadirse en un lugar bien visible el anuncio de: "NO IRRADIAR".<sup>6</sup>

Por otra parte, como ha señalado Ricardo de Lorenzo, "el contrato de depósito sobre la Sangre de Cordón Umbilical queda totalmente desnaturalizado también por el nuevo RD-Ley 9/2014, de 4 de julio que obliga a los bancos privados a desprenderse, sin el consentimiento de su titular, de las muestras de Sangre de Cordón Umbilical que almacenen para su aplicación alogénica a otros pacientes compatibles que lo precisen imposición normativa, que da carta de naturaleza a una especie de desposesión *ex lege*".<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014, p. 52746.

<sup>7</sup> DE LORENZO Y MONTERO, R., "Proseguirá el destierro celular con los bancos de cordón umbilical", en *Redacción Médica*, Martes, 08 de julio de 2014, Nº 2361, Año X, en <http://www.redaccionmedica.com/opinion/proseguira-el-destierro-celular-con-los-bancos-de-cordon-umbilical-8004>, visitado el 20/11/2014.

### 5.8. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de todas estas leyes vigentes en estos momentos, y que muchas personas se amparan en ellas pensando que existe un derecho a la procreación, y que este derecho no tiene límites, es fundamental plantearse si la paternidad es un derecho o si por el contrario es un don. Si es un derecho, se puede realizar cualquier procedimiento para tenerlo. Sin embargo, si es un don, éste no puede ser otorgado y no se debe emplear el avance de la ciencia para suplantar a los designios naturales. Además, se debe insistir en que las TRA no curan la infertilidad, no son terapéuticas, después de su aplicación las personas que se han sometido a un tratamiento de infertilidad continúan siendo estériles. Junto a esto, en el empleo de las TRA se antepone el deseo de ser padres al hecho de que el hijo no nazca por un procedimiento digno, acorde a la esencia de la naturalidad y dignidad de la persona y, a veces, incluso, a que el nacido no conozca a su padre biológico. Parafraseando a Ballesteros, se puede tener derecho a poseer las cosas, los objetos, una vivienda digna, etc., pero un hijo no es objeto, sino que es un sujeto y, por tanto, el empleo de TRA están convirtiendo al hijo en un objeto. Es evidente que el hijo es un don, más que un derecho propiamente dicho, y si se considera un derecho que se puede ejercer, éste, en todo momento, debe estar controlado por los límites que impone la dignidad humana de la persona.

Se han abordado los diferentes documentos jurídicos en los que se ha reconocido la dignidad de la persona, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948. Paralelamente, se ha profundizado en los textos internacionales sobre los derechos humanos que han sido utilizados por el TC así como los límites jurídicos que establece la legislación española a la dignidad de la persona. Esta última debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre, constituyendo una máxima inalterable. La dignidad humana no tiene grados, todos los humanos por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad. Sin embargo, y siguiendo a Germán Zurriarain, la legislación española de forma progresiva ha desprotegido la vida humana embrionaria.

Fundamental para esta investigación ha sido el abordar el estudio de los siguientes documentos jurídicos:

1. Ley en España sobre Reproducción Asistida Humana: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.
2. La 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.
3. La regulación actual legislativa en España de la Reproducción Asistida en España: Ley 14/2006 sobre la Reproducción Asistida Humana.
4. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
5. El Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.
6. Real Decreto ley 9/2014 de 4 de julio por el que se establece las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Así, tomando como referencia nuestra legislación, solo encontramos límites para el derecho a la procreación y el derecho a nacer, en nuestro CP, en los artículos 157 y 158 sobre las lesiones del feto y en los artículos 152 a 160 sobre los delitos relativos a la manipulación genética humana. Solo existe en este momento.

Sin embargo, los documento jurídicos citados arriba no son suficientes para regular aquellos problemas jurídicos que han ido surgiendo, de ahí que el TSJ haya tenido que pronunciarse, y también el Tribunal Europeo de Justicia.

Solo se puede decir que ha quedado claro lo que las leyes en vigor autorizan o prohíben de forma clarividente :

Autoriza

1. fecundar más de tres ovocitos en cada ciclo (superando el límite que había puesto la anterior ley de 2003 que modificaba en esto la de 1988);
2. efectuar diagnósticos preimplantacionales con fines terapéuticos para terceros (el llamado “bebé-medicamento”);



3. investigar con preembriones sobrantes de tratamientos de infertilidad (con las células madre que se extraen de ellos) con ciertos requisitos, el más importante de los cuales es que sea antes del día 14 de desarrollo del embrión (esta última es, precisamente, la definición que la ley da de "preembrión").

Prohíbe

4. La elección del sexo del futuro bebé;
5. La gestación por sustitución (las "madres de alquiler").

No podemos olvidar la considerable importancia que la ley atribuye a la CNRAH, a la que le confía, entre otras cosas, la labor de emitir informes sobre las nuevas técnicas que en el futuro puedan ir apareciendo, de manera que las autoridades sanitarias podrán autorizarlas sin necesidad de cambiar constantemente la ley.

Por tanto, la variedad de mecanismos previstos para la RHA plantea desde el ámbito jurídico diversos interrogantes que no siempre se pueden resolver con una sola respuesta, puesto que habrá que atender al supuesto concreto para encontrar la solución más adecuada de acuerdo con las peculiaridades del caso. La posibilidad de procrear mediante TRA ha llevado a la doctrina a plantearse si existe un verdadero derecho a la utilización de estas técnicas. Ahora bien, como se ha señalado, entrar en la cuestión de si las personas tienen derecho a tener hijos, y en particular, si se puede reclamar el derecho a recibir ayuda para tener los hijos que se desean, plantea un debate que nos lleva necesariamente al ámbito de la moral en un sentido público y social, puesto que los derechos no son simplemente una cuestión de conciencia individual, ya que la reclamación de un derecho es un acto público, que exige su ejercicio y reconocimiento, no solo para el sujeto que lo demanda sino también para los demás.<sup>1</sup> La utilización de las TRA plantea muchas

---

<sup>1</sup> WARNOCK, M., *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 25. En el ámbito jurídico, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. I, 2.a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 573, definió al derecho subjetivo como la situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa.

dudas sobre su configuración jurídica. Las aportaciones doctrinales que se han realizado sobre esta cuestión son diversas.<sup>2</sup>

En líneas generales, se pueden reducir a la dualidad de encuadrarlas, bien como la manifestación de un derecho a procrear, o bien como una expresión del derecho a la salud. En la primera posición, se defiende que la persona tiene derecho a reproducirse de la forma que mejor prefiera y, por tanto, las TRA se configuran como un modo alternativo a la procreación normal. En la segunda opción, se considera que la utilización de las técnicas deriva más bien de un derecho a la salud y se contempla como una actuación médica ante la esterilidad, y, de este modo, su utilización estaría justificada en aquellos casos en los que esté manifestada claramente esta circunstancia, y solo podría ser usuaria de las TRA la persona con problemas para procrear por medios normales.

La RHA repercute en el derecho y en la realidad biológica y su regulación legal inicial con la Ley 35/1988 ha proporcionado seguridad jurídica, sin que ello quiera decir que no existan problemas no resueltos como la investigación de la paternidad como indica el CC, que sería uno de los puntos donde se podría impugnar esta ley, basándonos en el artículo 5.5., que entra en el conflicto con el principio de justicia intergeneracional, debido a que la CE en el artículo 39, se recoge el derecho a la investigación de la paternidad. El contrato de donación y consentimiento del donante podrá ser revocado si llegado el caso un donante se queda estéril y necesita su material donado o, por otro caso, en el que por necesidad extrema se conozca la identidad, quien nos dice que una vez llegado el momento, mediante pruebas biológicas de quien es su padre, solicita el hijo la nulidad judicial de la paternidad. La Ley no dice si un hijo puede impugnar su filiación reclamando al padre biológico aunque la ley niegue radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad, vulnera claramente el artículo 39.2 de la CE.

También se plantea qué se hace con los embriones sobrantes, a los que se les denomina supernumerarios, destruyendo los no viables, que se podían utilizar

---

<sup>2</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 302 y ss., que recoge las diferentes aportaciones doctrinales con enfoques distintos del derecho a usar las técnicas de reproducción asistida.

para la investigación y sin saber qué hacer con los demás.

Como parche a este problema se reforma la ley con la aprobación de la ley 45/2003 de 21 de noviembre, que lo único que aclara es que solo se permite la fecundación y posterior transferencia de tres embriones por ciclo.

Debido al descontento de todas las partes y a los conflictos existentes, el gobierno, en aquellos momentos del PSOE, pretende crear una legislación de corte liberal, práctica y mejor estructurada intentando ser ejemplo en esta materia para otros países europeos, surgiendo la actual ley vigente 14/2006 de 26 de mayo de TRA , donde se destaca:

1. La utilización de los pre embriones para fines distintos de la reproducción.
2. Intervenir con fines terapéuticos sobre el pre embrión.
3. El termino pre embrión : El embrión en sus primeros 14 días.
4. Sigue siendo 3 el número de embriones que se pueden implantar.
5. No se permite la clonación humana.
6. No se permite los vientres de alquiler.
7. Se protege el anonimato de los donantes de óvulos y espermatozoides.
8. Se defiende el derecho de la mujer a la procreación sin ningún tipo de discriminación.
9. Se disocia la filiación biológica y la filiación legal, indicando que se regulará por las Leyes civiles, salvo lo que diga esta ley.

Esto, plantea problemas, como:

1. La relación jurídica de filiación no regulada, que incide sobre lo indicado en la Constitución artículo 14, el principio de no discriminación por razón de nacimiento y la protección de la familia, así como la investigación de la paternidad.
2. Todo se basa en el consentimiento de las partes, sin pensar en el nuevo ser que nace.
3. La fecundación post mortem , que se presume el consentimiento, que solo produce efectos inter vivos, y por la muerte es obvio que debe extinguirse.
4. Plantea la posibilidad de solicitar impugnación de la paternidad, o

reclamación de la misma.

5. Los problemas existentes para inscribir un niño gestado por madre de sustitución, en la actualidad, donde jueces de primera instancia su fallo ha sido contradictorio, intentando dar el Tribunal Supremo de la sección Civil soluciones de forma individual para el caso en concreto.
6. No se da solución a los pre embriones supernumerarios, que dependen de la voluntad de la pareja y de los científicos.
7. Favorece la paternidad de personas del mismo sexo.

Por la falta de regulación de las investigaciones biomédicas, se aprobó la ley 47/2007 de 3 de julio intentando dar solución a las investigaciones que se estaban realizando con gametos, embriones y células embrionarias que planteaban nuevos retos éticos, donde la salud y el bienestar de toda persona que tome parte en la investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad y de la ciencia. Destaca la prohibición de crear preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación. Sin embargo, la ley permite usar cualquier técnica para la obtención de células troncales embrionarias humanas. Para ello tienen en cuenta las recomendaciones del Consejo de Europa en la investigación con material Biológico de origen humano de 2006.

Así tenemos la plataforma legal para la investigación con células madres embrionarias y la clonación terapéutica. Debido a que al implantar solo tres embriones, aumenta el número de embriones sobrantes considerados materia de investigación.

Con estas dos leyes en vigor, la 14/2006 sobre TRA y 14/2007 de investigación biomédica, no se ayuda a resolver ni los problemas éticos ni los jurídicos planteados. Por eso, mediante el RD 42/2010, de 15 de enero de 2010, se quiso dar solución a estos problemas con la creación del CNRAH. Esta Comisión va a tener unas funciones y atribuciones tan amplias debido a que puede asesorar e informar y orientar en la investigación o experimentación sobre esterilidad humana, gametos, embriones según la ley 14/2006 TRA y cualquier otra que le fuera encomendada o solicitada por las administraciones sanitarias competentes.

A modo de conclusión, es un órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter consultivo, para orientar sobre la utilización de la TRA.

Es obvio que la legislación vigente no responde correctamente a las incógnitas que cada día genera la aparición de nuevos avances científicos. Parafraseando a la doctora Paz M. De la Cuesta Aguado, de la Universidad de Barcelona, sobre el problema que suscita la RHA desde la bioética y el derecho, es que la línea básica del razonamiento moral y jurídico es la protección de los derechos humanos y que éstas son las pautas que deben seguir los médicos, biólogos y la sanidad en general al desarrollar y aplicar la TRA.

En España, debido a formar parte de la Unión Europea, hemos tenido que trasponer la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo, sobre las normas de calidad, seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y distribución de las células y tejidos humanos, y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, todo ello es debido a una sentencia de 30 de mayo de 2014, que declaro nulo el anterior decreto 1301/2006 en esta materia.

Ahora se recogen las reflexiones de Jouve como conclusión final:

Con esta Sentencia reciente de 30 de mayo de 2014, se deduce la necesidad de revisar las dos leyes anteriores( Ley 14/2006 TRA y la 14/2007 Investigación Biomédica)., por los siguientes motivos:

Quedan obsoletas y en flagrante ilegitimidad por la pretensión de considerar algo diferente a un embrión a lo que la ley llama pre embrión, concepto inexistente en Biología, con el fin de dejar desprotegida y habilitada para la utilización con fines de investigación a la fase inicial de la vida humana, camuflando así su autentica naturaleza embrionaria.

Con esta sentencia, tan reciente, El Tribunal Europeo, reconoce el Estatuto del Embrión al organismo que empieza su existencia en el momento de la fecundación y al establecer que su destrucción atenta al orden público y moral. Esto afecta de lleno a las citadas leyes Españolas, que deberán ser adecuadas a esta Sentencia de obligado cumplimiento para España y todos los países Europeos.



## 6.1. LA LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA EN ESPAÑA 14/2006

### 6.1.1. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2006 se aprobó para dar soluciones a los problemas que podían suscitar la continúa demanda en la sociedad de las TRA así como para legislar su aplicación. Igualmente, la LTRA quería regular la aplicación de las TRA en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético y establecer las normas para la utilización de los gametos y preembriones humanos para su crioconservación. En este sentido, es fundamental conocer cuál fue la legislación anterior a la Ley 14/2006 para saber qué aporta a la legislación. Por tanto, abordar un estudio de la Ley 35/88 es esencial para esta investigación.

La protección que se le da al embrión en la legislación sobre las TRA generan dudas morales al respecto pues muchos de los usos a los que se destinan estos embriones es similar a hacer desaparecer voluntariamente a un ser humano. Los embriones, según la legislación, pueden ser congelados, empleados en la investigación o, incluso, destruidos. Igualmente, la forma no natural de concebir al ser humano le aparta de la unión física y espiritual del matrimonio. El matrimonio tiene que ser el único medio digno para poder procrear. De este modo, aunque se tengan problemas de infertilidad, la pareja no debería de contemplar este procedimiento no natural y más sabiendo que a los embriones sobrantes del proceso les puede esperar un triste final. Al hilo de lo expuesto, se debe analizar en profundidad qué protección está dando la legislación sobre las TRA al embrión humano y valorar, además, si es bondadoso el procedimiento, si puede considerarse el empleo de las TRA como algo perjudicial para la salud de la madre o del hijo y considerar si es moral que el hombre contradiga mediante la RA los designios de la naturaleza. Hay que insistir, de nuevo, que el acto natural procreativo es insustituible, que la ciencia deshumaniza el acto natural de la fecundación y que, además, la leyes deben estar siempre al servicio de la vida y, a veces, éstas últimas, autorizando algunas prácticas científicas con los embriones,

están atentando contra lo que deberían defender: la vida.

Se estudiarán los informes que han contribuido a establecer el marco legal del embrión. En este sentido, tanto el *Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana*, conocido como el *Informe Warnock*, del 18 de julio de 1984, como el *Informe de la Comisión Especial de Estudio del Congreso de los Diputados*, de 1986 y conocido como el *Informe Palacios* son esenciales para esta investigación. En este marco jurídico será ineludible ahondar en el Convenio de Oviedo, convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, que fue aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996, en la posterior Ley 45/2003 así como en Reales Decretos y sentencias que han abordado el problema de la protección jurídica del embrión y su legislación.

La Ley 14/2006 ha generado desde su aprobación numerosos debates éticos y jurídicos. En este capítulo será esencial plantear algunas cuestiones cuyas respuestas intenten aportar algo de luz al respecto. En este sentido, para la presente investigación es fundamental abordar el comienzo de la vida y saber si existe vida humana antes del día 14 de gestación. Para responder a esta pregunta se recurrirá a diferentes declaraciones, convenios y pactos internacionales que hayan dado respuesta a esta pregunta e insistan en el derecho a la vida humana. Igualmente, habrá que citar algunos Estatutos de Autonomía, como los de Cataluña, Baleares, Andalucía o Aragón, en donde sus artículos legislen el derecho a vivir.

Hay que investigar si se protege jurídicamente de la misma manera, o de forma similar a la persona que ha nacido en el seno materno de forma natural o a la que ha sido concebida mediante el empleo de las TRA. También saber si, desde el punto de vista jurídico, tienen derecho a la vida los embriones supernumerarios. Es fundamental para conocer la respuesta indagar tanto en el articulado de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica como en la Ley 14/2006 de TRA.

Existen, además, numerosos aspectos que son necesarios conocer para esta investigación. Saber cómo resuelve la legislación la filiación de las personas que han nacido mediante las TRA es uno de ellos. Otro es saber si es suficiente que la ley indique la obligatoriedad del consentimiento del cónyuge para ser causa de separación o divorcio. Para dar respuesta, habrá que acudir al artículo 8 de la Ley 14/2006 en donde se legisla la determinación legal de la filiación.



El conocimiento de las sentencias que se han dictado tanto en el TS como en el TC es fundamental para conocer mejor la LTRA. De las sentencias del TS se analizarán la Sentencia nº 2252/2001 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 29 de Noviembre de 2001 y la nº 835/ 2013 del TS, Sala de lo Civil del 06 de febrero de 2014. Estas sentencias son importantes para esta investigación porque en ellas se analiza jurídicamente la gestación del ser humano y el inicio de la vida, así como los derechos a la vida del embrión y del *nasciturus*. Igualmente, resultan interesantes para la investigación cada uno de los votos particulares emitidos en las sentencias.

Del TS se recopilan y estudian las sentencias de mayor relevancia en el análisis del estatuto jurídicos del embrión. Así, se ahondará en la jurisprudencia de la STC 212/1996 así como en la STC 116/1999. Interesantes son, nuevamente, los votos particulares que aparecen en dichas sentencias.

Por último, es fundamental para esta investigación conocer algunas de las sentencias que han sido dictadas por tribunales europeos y que han tratado temas como la protección del embrión y su derecho a la vida. En este sentido, se estudiará del Asunto C-34/10.

#### 6.1.2. ORIGEN

La ley 14/2006 sobre la TRA surge para completar y regular, de forma más adecuada, la demanda de la propia sociedad debido a los avances científicos. También nace para encontrar y dar las soluciones a las cuestiones que se habían planteado antes con la Ley 35/88 y que, todavía, estaban sin respuesta. En el artículo 1 de la ley se expone:

- a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
- c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Con este artículo 1 de la Ley 14/2006 se quería dar respuesta legal a la demanda social sobre estas posibilidades técnicas, a la existencia de centros y servicios en los que ya desde 1978, se venían realizando ciertos de estos procedimientos en España –cuyo funcionamiento debería ceñirse a normas específicas no contempladas en las regulaciones sanitarias–, y a ciertas circunstancias relacionadas con el derecho de familia –filiación, paternidad, maternidad– en especial cuando intervenían en la procreación donantes de gametos o preembriones.

Esta ley se elaboró gracias a los trabajos de una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas que se creó el 29 de mayo de 1985 en el Congreso de los Diputados. Dicha comisión estuvo constituida por parlamentarios de los distintos grupos políticos. A ella asistieron 36 expertos de diferentes áreas de conocimiento, entre las que había que destacar la obstetricia y ginecología, reproducción, genética, derecho o las ciencias morales.

Posteriormente, el 10 de abril de 1986, previo a la disolución de las Cámaras, el Pleno del Congreso de los diputados aprobó, eso sí, con algunas enmiendas, el Informe de la Comisión Especial de Estudio. Este documento se conoce con el nombre de *Informe Palacios* por ser Marcelo Palacios el Presidente de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana. Un año más tarde, y por encargo del grupo socialista, se aprueba en el Pleno del Congreso celebrado el 20 de noviembre de 1988 la Ley 35/88 sobre TRA. Esta ley, saldría publicada en el BOE nº 282 del 24 de noviembre de 1988.

Esta Ley fue objeto del recurso de inconstitucionalidad nº 376/89 presentado en el Congreso el 24 de febrero de 1989 por 63 diputados del Partido Popular. El grupo de los 63 diputados estuvo encabezado por Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde. El citado recurso fue admitido a trámite el 13 de marzo de 1989 por la Sección 3a del TC. Este recurso de inconstitucional iba dirigido contra la totalidad de la Ley 35/88 y subsidiariamente contra parte del apartado II de la

exposición de motivos, los arts. 1, núms. 1 y 4; 2, núm. 4; 4; 6, núm. 1; en relación con los arts. 5, núms. 1 y 5; 7 a 10; 11, núms. 3 y 4; 12, núms. 1 y 2; 13; 14, núms. 3 y 4; 15; 16, núms. 1 y 2; 17 y 20, así como la disposición final primera, apartados a) y e), por contradecir los arts. 9, 10, 15, 39 y 81 de la CE.

De entre una treintena de imputaciones que recogía el recurso, se alegaba, especialmente, que la Ley 35/88 sobre TRA atentaba contra la vida humana y que, además, vulneraba el concepto constitucional de la familia, denostaba el término preembrión, involucraban el aborto y exigían que la ley tuviera carácter orgánico.

El TC, en la STC nº 116/1999, de 17 de junio (BOE nº 162 de 8.7.99) –que se analizará más adelante– rechazó la impugnación global a esta Ley y a cada una de las enmiendas presentadas a los contenidos concretos de su articulado, a excepción del inciso inicial del artículo 20.1 (con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada) y vinculando la constitucionalidad del final del artículo 12.2. (o si está amparada legalmente) en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el artículo 417 bis del CP. La justificación de inconstitucionalidad del artículo 20.1 fue expresada por la STC 116/99 de la siguiente manera:

No obstante, los términos en que está redactada la norma de remisión prevista en el art. 20.1 de la Ley enjuiciada no se compadecen con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 C.E., pues dicha remisión se realiza "con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley". Inciso este que, como declaramos en la STC 212/1996, respecto de otro precepto legal que acogía idéntica expresión y similar técnica legislativa, "deja en la más completa indeterminación el régimen sancionador que el legislador ha querido imponer en esta materia" (fundamento jurídico 13). De este modo, y como en aquella ocasión, también hemos de declarar ahora la ilegitimidad constitucional de aquella cláusula relativizadora, declarando la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, del inciso "con las adaptaciones requeridas por las peculiaridades de la materia regulada en esta Ley", contenido en el art. 20.1 de la Ley 35/1988.

En las discusiones parlamentarias se tanteó la conveniencia o no de penalizar en la futura ley determinadas acciones con las TRA. Pero, no obstante, el proyecto de CP estaba en marcha y prevaleció la idea de esperar a su

aprobación por las Cortes. Y, en efecto, el nuevo CP o Ley Orgánica 10/95 –vigente desde el 25 de mayo de 1996– asumió algunos aspectos de la que ya fueron tratado antes por la LTRA.

Por otra lado, las disposiciones de desarrollo de la LTRA darían lugar a Reales Decretos. Así, habría que citar el RD nº 412 de 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; el RD nº 413 de 1996 de 1 de marzo por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las TRA; el RD nº 415 de 1997 de 21 de marzo por el que se crea la CNRAH y el RD nº 120 de 2003 de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos.

Además, junto a esto, es necesario recordar que en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo –en adelante TS– tanto el feto como el embrión humano resultan equivalentes en cuanto "vida humana dependiente". Por este motivo, ambos poseen una condición humana diferenciada de la de la madre y, por tanto, penalmente protegible.

Esto así lo afirma la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS del 29 de noviembre de 2001, sentencia ésta que ratifica la doctrina que se había establecido antes en la sentencia de la misma sala del 5 de abril de 1995.

En los artículos 159 y 160 del CP se sanciona la manipulación genética del embrión y la clonación humana. Sin embargo, y debido al principio general de antijuridicidad, si hay autorización administrativa para que esto pueda realizarse, la represión penal deja de existir.

Por último, recordar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS mantiene que el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales es el adecuado para la protección jurídica del *nasciturus*, pues así afirma la Sentencia de la Sala Tercera del TS del 30 de abril de 1988. Todo esto significa, por tanto, que en todo lo que se refiera a la defensa jurisdiccional del embrión humano, el procedimiento adecuado ante los Tribunales de Justicia es el especial y sumario de protección de los Derechos Fundamentales. En la misma

resolución, el TS afirma que el *nasciturus* tiene derecho a la vida.

### 6.1.3. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN

#### 6.1.3.1. Antecedentes

Moralmente, no solo desde el punto de vista católico, el uso que se le da a los embriones humanos es similar a hacer desaparecer voluntariamente a un ser humano. Es decir, esa actuación es lo mismo que realizar un aborto voluntario. Es una muerte no natural que estaría además provocada por el mismo ser humano. El acto sexual une a los esposos física y afectivamente en cuanto personas, y les abre la posibilidad de procrear y tener descendencia. Por este motivo, separar el momento unitivo del procreativo es romper la unidad de amor y vida que se da en el acto conyugal. Todo lo expuesto anteriormente, queda reafirmado en el siguiente extracto de la Instrucción *Donum Vitae*:

El origen del ser humano es el resultado de la procreación ligada a la unión no solamente biológica, sino también espiritual de los padres unidos por el vínculo del matrimonio. Una fecundación obtenida fuera del cuerpo de los esposos, queda privada, por esa razón, de los significados y de los valores que se expresan mediante el lenguaje del cuerpo, en la unión de las personas humanas.<sup>1</sup>

El matrimonio se considera como el único medio digno a partir del cual una pareja puede procrear. Atendiendo a esta máxima, la técnica de la fecundación *in vitro* con transferencia de embrión es moralmente inaceptable ya que mediante esta técnica de reproducción se está despojando a la procreación humana de la dignidad que le es propia y connatural.

Por este motivo, no es admisible el permitir que, aunque se tenga un problema de infertilidad en la pareja, para su solución se empleen métodos de reproducción artificiales que atentan, claramente, contra los principios morales que afectan tanto a la persona que va a nacer como a la misma finalidad del

---

<sup>1</sup> Doctrina social de la Iglesia; Donum Vitae. Sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación. 22 de febrero 1987 en [doctrinavital.blogspot.com/2009/12/donum-vitae.html](http://doctrinavital.blogspot.com/2009/12/donum-vitae.html), visitada el 12/11/2013.

matrimonio.

Además, la intención de curar la esterilidad no tiene porqué justificar que para solucionar este problema en la pareja se tenga que recurrir a cualquier medio para terminar con esta dificultad. Es cierto que curar tiene el significado de eliminar obstáculos y ayudar a los procesos naturales. Sin embargo, esto no significa, por otro lado, que la pareja tenga que eludir su responsabilidad en lo que le es propio desde que se comprometieron en matrimonio.

Aunque es posible emitir muchas objeciones éticas a los hechos anteriormente presentados, se puede hacer un somero esquema de cuáles son las principales. En este sentido, habría que hablar de objeciones éticas por:

- a) El carácter no natural
- b) Las posibles consecuencias
- c) La no implantación de los embriones obtenidos y el aborto de los implantados.

El uso y la finalidad de preembriones que no hayan sido utilizados en la transferencia inicial tiene que quedar muy claramente establecido en las fórmulas de consentimiento. Éste, evidentemente, puede ser otro factor de discordia y de preocupaciones éticas para el facultativo que realiza el procedimiento. Desde un principio, se han barajado alternativas para la pareja. En esta línea, la pareja que provee los gametos es la que decide sobre los embriones, por tanto, tiene la última palabra. La finalidad de los embriones sobrantes puede ser la congelación y la donación de los mismos a otra pareja que los necesite para procrear a un laboratorio. En este último de los casos los embriones serían destinados a la investigación.

Indiscutiblemente, la última de las alternativas genera y plantea una serie de problemas éticos muy importantes, como sostiene la opinión doctrinal. Algunos de los problemas éticos que se plantean –y a cuyas preguntas se intentará dar respuesta en esta investigación– son:

- ¿Es de verdad bondadoso el procedimiento?
- ¿Es absolutamente inocuo para la madre y el hijo?
- ¿No está el hombre de ciencia contrariando los designios de la Naturaleza?

La investigación y, por tanto, un mayor conocimiento de las FIV, ha puesto de manifiesto que los riesgos que corre la madre a la que se le siembra un embrión producto de la fertilización *in vitro* durante el embarazo no son mayores ni diferentes de los que tiene una mujer por el embarazo natural.

Sin embargo, y no por ello, esta técnica de procreación es en sí misma ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal. Incluso, aunque se pusieran los medios necesarios para evitar las muertes de los embriones sobrantes. Como se ha comentado más arriba, las técnicas de reproducción humana asistida producen un exceso de óvulos siendo la finalidad de los mismos ajena al tratamiento de esterilidad. Con esto, su uso posterior tiene que estar de acuerdo con los donantes. En este sentido, los óvulos sobrantes puede ser:

- a) Destruídos
- b) Crioconservados
- c) Fecundados y crioconservado

La técnica de la FIV y la transferencia de embriones posibilita que se puedan donar óvulos, semen y embriones. Por tanto, con ello, esta técnica posibilita que los donantes biológicos puedan no ser los padres del ser humano que nazca de este procedimiento. La utilización de los gametos o embriones donados genera serios problemas jurídicos, morales y éticos. Estos problemas, además, serán compartidos tanto por los pacientes como por los médicos que han permitido mediante su *praxis* que esta técnica de reproducción se llevase a cabo.

Tras los experimentos realizados por los británicos Robert G. Edwards y Patrick Steptoe –fisiólogo y ginecólogo, respectivamente– en los años 70 las células germinales (óvulo y espermatozoide) se pueden unir en un medio extracorpóreo, es decir, en una probeta. Posteriormente, luego se transfiere el embrión al útero materno. Evidentemente, desde el nacimiento de Louise Brown en 1978, la primera niña probeta, este método se está cuestionando desde la ética pues se está debatiendo, entre otras muchas cuestiones, si los donantes biológicos son los padres o no.

Como se ha visto, la reproducción *in vitro* es la fertilización de un óvulo en el laboratorio y su posterior transferencia e implantación del embrión en el útero

de una mujer. Desde que empezó su práctica, el método ha sido considerado por muchos científicos como la mejor solución de la infertilidad, tanto masculina como femenina.

Entre los problemas que se puede encontrar una mujer y que le impiden ser madre están la endometriosis, trompas de Falopio dañadas por cualquier motivo, trastornos en la ovulación, incluso cuando se tiene ovarios poliquísticos y no se puede ovular de forma regular impidiendo el embarazo.

Los hombres tienen, igualmente, múltiples razones que provocan su infertilidad. Generalmente, suele ser por la poca movilidad de los espermatozoides o también porque el recuento de espermatozoides sea en número tan bajo que haga casi imposible la fecundación del óvulo por métodos naturales.

Debido a estos problemas de infertilidad en los matrimonios, la FIV es un procedimiento que cada día tiene más aceptación en la sociedad. Por este motivo, se ha tenido, y se tiene, la necesidad de la elaboración de diferentes normas legales que hablen de las TRA. Por tanto, entre otras cosas, estas normas definen que es la IA, la FIV con trasferencias de embriones y la transferencia intratubárica de gametos.

Estas técnicas pueden emplearse también para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y, para ello, se podrá autorizar la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos. Estas normas vigentes han sido muy criticadas. Sus debates van más allá de las propias leyes y generan debates que competen al orden público, con proyecciones que afectan a los intereses generales ya que en las leyes se está comprometiendo el destino y la vida de los embriones humanos.

Por otro lado, no se puede obviar que la Organización Mundial de la Salud reconoce la infertilidad como una enfermedad que hay que curar. Para ello, considera que uno de los métodos más adecuados es la FIV. De ahí, que en la legislación sobre las técnicas de reproducción asistida humana ésta sea considerada como un derecho a ser padres por encima de cualquier otro. No obstante, en mucha de la doctrina sobre esta técnica, no se tiene en consideración la vida del niño que va a nacer ni sus derechos. Esto, evidentemente, ha generado



diferentes posturas en torno a estas técnicas de reproducción.<sup>2</sup>

Unos piensan que la persona es tal desde el mismo momento de su fecundación, se le considera un ser potencialmente inteligente y racional. Para otros, sin embargo, durante un cierto tiempo no se les considera ni un embrión humano, lo llaman preembrión, esta postura llega a pensar que es tan solo un tejido humano. Otra postura defiende que solo son preembriones los que se congelan y que no son personas, sino un conjunto de células las cuales no pueden diferenciarse claramente. Estas posturas han ido evolucionando de tal manera que la sociedad ha llegado a creer que ha encontrado la cura a una enfermedad y el camino para remediar dicha enfermedad está respaldado por la legislación, aunque ésta atente contra la dignidad humana.

En numerosas ocasiones están protagonizados por actores sociales concretos, intereses políticos o económicos. El impacto que tiene sobre la sociedad puede afectar a las formas de vida de diferentes grupos sociales. La mujer, en ocasiones, es la víctima pasiva, que parece que se realiza por su propio interés. Sin embargo, la gran beneficiada es la industria, los intereses de la industria biomédica, de las compañías farmacéuticas y de las empresas que fabrican el equipamiento y otras relacionadas del sector. Éstas provocan diariamente en las televisiones y en otros medios de comunicación presentaciones mediáticas, como el único método terapéutico válido, la solución para resolver el problema de la infertilidad, que como se puede comprobar no es cierto, pues ni la mujer, ni el hombre, mediante las técnicas de la FIV, solucionan que sus trompas no estén dañadas, que su ovulación sea correcta, ni que el hombre tenga un recuento de espermatozoides más abundante. Además la forma de presentar los resultados de éxito son también dudosos, así como los peligros que puede ello conllevar para la salud de la mujer, y el conflicto de intereses entre la mujer y el nuevo ser.

Tampoco parece que la solución al problema sea que unas mujeres lleven en su vientre los hijos de otras. Es decir, que otras mujeres actuaran como si fueran simplemente una bolsa donde colocar un objeto durante nueve meses. Al hilo de

---

<sup>2</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction, Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17–21 September 2001.

lo expuesto, uno de los casos más conocidos y que generó grandes debates éticos, jurídicos y sociales fue el famoso juicio del caso "Baby M". En un artículo publicado en *El País* el 19 de febrero de 1987 se decía que:

[...] se dirimía la adjudicación de una bebé nacida en 1986 como fruto de un contrato de subrogación por el que Beth Whitehead (una ama de casa de 29 años, casada con un empleado del servicio de recogida de basuras) se prestaba a ser inseminada con el esperma de William Stern, bioquímico, a gestar la criatura y a cederla tras su nacimiento al matrimonio que éste formaba con Elisabeth, una pediatra de 41 años. Recibiría a cambio 10.000 dólares. Tras nacer la niña fue entregada al matrimonio Stern, pero tres días después la "madre biológica" se arrepintió, no quiso firmar la concesión de custodia a favor de los Stern. Se llevó la niña a casa y comenzó un rocambolesco período en el que Baby M cambió sucesivamente del domicilio de los Whitehead al de los Stern. Finalmente, éstos tuvieron que utilizar al FBI para recuperar al bebé, al que su madre biológica se había llevado a Florida, hasta que en otoño de 1986 el juez Sorkow concedió la custodia temporal de la niña al matrimonio Stern, pero permitió a Beth que la viera dos horas dos veces por semana.<sup>3</sup>

El artículo continúa exponiendo más detalles del citado acontecimiento y expone cómo fue el juicio:

El juicio se celebró en enero de 1987 y a finales de marzo emitió el fallo por el que declaró válido el contrato de sustitución maternal. El juez concedió, además, la custodia del bebé al padre, negando incluso los derechos de visita a la madre biológica. Los términos de la sentencia ilustran perfectamente algunos de los problemas, que pueden suceder. Por ejemplo, el juez confirmó la validez del contrato argumentando que "así como los hombres tienen el derecho constitucional de vender su esperma, las mujeres pueden decidir qué hacer con su útero". Tras este enunciado "igualitario calificó -en la sentencia- a la madre alquilada como impulsiva y explotadora, afirmando que, en el curso de su testimonio ante el tribunal, omitió información e incluso mintió sobre su vida. También afirmó que los Stern "son los padres

---

<sup>3</sup> BASTERRA, F. G., "El dilema de "Baby M", *El País*, lunes 19 de febrero de 1987.

más adecuados para Melissa y están más capacitados para explicarle sus complejos orígenes cuando tenga uso de razón".<sup>4</sup>

En España, este proceso tuvo mucha repercusión y fue seguido por muchos de los medios de comunicación del momento. No obstante, tras lo expuesto, es patente como algunos de los derechos humanos fundamentales quedan en entredicho con este tipo de leyes y de las resoluciones judiciales.

Las objeciones éticas que plantea la FIV son varias. Hay que insistir en que es un método de procreación no natural o sino artificial. Puede acarrear graves consecuencias y, además, su aplicación deja sin respuesta a preguntas como: ¿Qué pasa con los no implantados? ¿Y los implantados que mueren de forma no natural?

El acto natural procreativo es insustituible. Por otro lado, las técnicas deben estar siempre al servicio de la vida. No se puede olvidar que con la aplicación de estas técnicas no se tiene en cuenta la dignidad de la persona. Con ello se pone en peligro la propia existencia del ser humano. Muchas veces la propia dignidad se pierde por culpa del único fin de obtener dinero, poder o fama y las actuaciones no presentan fundamento o normas éticas. Tratan, por tanto, al ser humano como si fuera un objeto, una mercancía que se puede comprar, vender o desechar. Se olvida que todo niño tiene el derecho a nacer fruto del amor de sus padres. No es justo que éste pueda ser utilizado como un objeto, como un capricho.

La RAH se ofrece a las parejas como el medio para que su esperanza de poder tener hijos se cumpla, aunque no sea por la vía natural. Sin embargo, en ese proceso de reproducción artificial no se explica que en el camino de lograr que la pareja tenga hijos se pierden vidas humanas. No se fecunda un solo óvulo sino que son más los fecundados. Además, luego tan solo se transfieren como máximo tres. En el proceso los que no pueden anidar mueren, otros se congelarán o se emplearán con otras parejas y otros, sin embargo, serán empleados para la investigación. No hay que ver la RAH sólo como el medio para tener hijos por parte de las parejas que tienen problemas de infertilidad. Hay muchos más motivos éticos y jurídicos que valorar.

---

<sup>4</sup> BASTERRA, F. G., "El dilema de "Baby M"..."

Actualmente, y como consecuencia de la RAH, hay en el mundo millones y millones de embriones congelados que no se conoce cuál va a ser su destino y que, evidentemente, no está siendo tratado con la dignidad de ser humano que tenía que tener pues es una vida humana emergente. No se debería consentir que un ser humano se convirtiese en un objeto industrial y que el embrión perdiera su propio *status* y que éstos se que se entreguen como objetos sin valor para experimentos irresponsables. Estos embriones son seres humanos, que pertenecen a nuestra especie. Si fueran embriones de cerdos, nacerían cerdos. Si fueran de caballos, nacerían caballos. De los embriones humanos van a nacer humanos y, por lo tanto, se les debe dar la dignidad que tiene que tener todo ser humano y no el tratamiento que, en muchos casos, se les está dando hoy en día.

La ciencia, sin duda, genera una notable deshumanización pues mediante sus técnicas está sustituyendo al propio hombre, algo que no se debería permitir pues la técnica como técnica no debería suplantar el papel del ser humano. Este camino llevaría a la desaparición de toda la humanidad.

Igualmente, las consecuencias se aprecian cuando se emplean gametos de terceras personas pues el donante, en muchas ocasiones, no participa en el proceso reproductivo. Incluso hay donantes que lo hacen por dinero. Ni siquiera se han planteado la paternidad. Estas actuaciones generan confusiones. Además, hay que recordar que los gametos que no se emplean se congelan o desechan. Esta práctica es habitual y no hay normas que lo prohíban. Estas prácticas se han convertido en un aborto de embriones, una nueva forma de eugenesia.

Aún aviva más el debate ético el hecho de que una madre actúe como tal y no lo sea ni biológica ni socialmente. Eso ocurre cuando se gesta en el útero de una mujer distinta, es decir, en el útero de las llamadas madres de alquiler. Con esta práctica, se está privando al futuro hijo de conocer su filiación, de saber quiénes son sus padres.

En muchas ocasiones se hace referencia al derecho a tener un hijo o al derecho a ser padres. Sin embargo, a veces, se olvida el derecho máspreciado que es el derecho a la vida. Y no se hace referencia a que el recién nacido queda totalmente desprotegido. Además, los niños nacen fuera del matrimonio, a veces madres solteras, o padres solteros últimamente con madres que ceden su útero a cambio de una remuneración económica. A los descendientes de estas prácticas no se les ha preguntado si desean nacer en estas condiciones. Sin conocer a sus

padres y matando a sus posibles hermanos. No obstante, y es algo que no se puede olvidar, éstos deben ser queridos y respetados pues poseen la misma dignidad que cualquier persona.

No se tiene que decir que la maternidad es un derecho, sino un don. El ser madre es un fruto del amor conyugal. Hay que insistir en que se pueden tener derechos sobre las cosas, los objetos, los instrumentos, pero nunca sobre las personas. Hay que ser consciente que el deseo de ser padres nunca tiene que ser superior ni mitigar los derechos del hijo pues éste debe ser respetado con la dignidad que le corresponde como persona. Hoy en día, las diferentes legislaciones de numerosos países no han tenido en cuenta los problemas éticos y los conflictos sociales que se están generando con la aplicación de esta técnica para el nacimiento de seres humanos. Con ella, se está perdiendo el concepto de familia, que es reconocido por todos como el núcleo fundamental de la sociedad y el lugar ideal para el desarrollo de los seres humanos.

La familia, como célula básica de la sociedad, tiene un papel insustituible. Como tal, no se puede consentir que unos pocos, por el mero hecho de hacer mucho ruido puedan aturdir a los ingenuos. Esto es tan solo una realidad virtual que tiene fecha de caducidad. La familia, por otra parte, y de manera indiscutible, tiene su derecho propio, su soberanía.<sup>5</sup>

El Papa Benedicto XVI, en el V encuentro Mundial de las familias celebrado en 2006 en Valencia mostró la verdad del matrimonio y la familia. Ante un millón y medio de personas, destacó la importancia y el papel positivo que a favor del matrimonio y de la familia realizan las distintas asociaciones familiares eclesiales. Por ello Benedicto XVI invitó a todos los cristianos a colaborar, cordial y valientemente, con todos los hombres de buena voluntad que viven su responsabilidad al servicio de la familia para que uniendo sus fuerzas, y con una legítima pluralidad de iniciativas, contribuyan a la promoción del verdadero bien de la familia en la sociedad actual. El Papa en la homilía pronunció:

La familia es un bien necesario para los pueblos, un fundamento indispensable para la sociedad y un gran tesoro de los esposos durante toda su vida. Es un bien insustituible para los hijos, que han de ser fruto del amor,

---

<sup>5</sup> OFICIAL SOTO, C. M., "Los centros de orientación familiar y los mediadores familiares", en *FCAPA Informa*, Febrero 2011, p.31.

de la donación total y generosa de los padres. Proclamar la verdad integral de la familia es una gran responsabilidad de todos.<sup>6</sup>

No se debe cerrar los ojos ante la evidencia; ante la destrucción de lo más esencial de la estructura social: la familia. Ésta, sin duda, es el núcleo en el que se gesta lo más importante de nuestra sociedad, que son las personas. No se puede permitir que el propio hombre sea el que destruya su propia identidad como ser. Las nuevas técnicas de reproducción asistida humana pueden contribuir a crear alteraciones en el derecho de la persona, de la familia y de las sucesiones.

La CE cita en su artículo 10 el derecho de la personalidad del nacido –dice así "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"–.<sup>7</sup> Por este motivo, la persona humana nunca puede ser el resultado de un proceso de manipulación técnica o biológica, sino fruto del amor. Si las nuevas técnicas derivan del hecho de que a veces el amor no es suficiente como para poder tener un hijo, en ese camino también hay que plantearse sobre el ser que viene a la vida.

Aquí hay diferentes perspectivas y derechos. El primero es el derecho a la vida –que antes colisionaba con el aborto– pues las técnicas de reproducción humana asistida no son eficaces al 100% y pueden provocar muertes y riesgos innecesarios. En segundo lugar, el de los embriones que se obtienen para asegurar el embarazo y que sobran. Aunque se es consciente de que tras la fecundación hay una vida humana, los embriones sobrantes se congelan.

Por otra parte, otro de los problemas que crea el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida es la desconsideración legal al matrimonio como

---

<sup>6</sup> *Viaje apostólico de su Santidad Benedicto XVI a Valencia (España). V Encuentro Mundial de las Familias. Santa Misa. Homilía del Santo Padre. Ciudad de las Artes y de las Ciencias. Sábado, 8 de julio de 2006, [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2006/july/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20060708\\_incontro-festivo\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/july/documents/hf_ben-xvi_spe_20060708_incontro-festivo_sp.html), visitado en 18/06/2014.*

<sup>7</sup> Véase ROBLES MOCHÓN, G., "El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)", en GARCÍA SAN MIGUEL, L., *El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la Constitución*, 1995, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, pp. 45-62.

institución social y jurídica. Puesto que la legislación permite que se pueda inseminar a mujeres solas con el consiguiente nacimiento de hijos que jamás podrán tener un padre legal.

Se podrían citar numerosos puntos de conflicto que derivan de lo incompleto de la ley como las madres solteras, los donantes o la fecundación *post mortem*, etc.<sup>8</sup> Por lo general, la sociedad ha aceptado estas nuevas técnicas –no en el caso de la clonación–. No obstante, la aceptación de estas nuevas técnicas no implica que, en torno a su uso, existan concepciones morales y religiosas contrapuestas.

La Ley 35/88 hace referencia a los estatutos biológico y jurídico del preembrión. Al biológico, en la Exposición de Motivos, definiéndolo embriológicamente; al jurídico, pues en su articulado establece los límites de su protección, manipulación y fines en consonancia con su característica humana, su grado de desarrollo y sus expectativas de vida. Desde un punto de vista embriológico, la Ley 35/88 abarca el periodo del desarrollo que va desde que se inicia la fecundación del ovocito hasta unos 14 días más tarde, tiempo en el que, previsiblemente, culmina la implantación del preembrión vivo en la mucosa

---

<sup>8</sup> Sobre este tema véase GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Consideraciones sobre la fecundación post mortem: los hijos superpóstumos", en *Almírez*, nº 3, 1994, pp. 57-70; GÓMEZ DE LA TORRE, M- C., "Fecundación post mortem", *Actualidad civil*, nº 1, 1992, pp. 45-63; INIESTA DELGADO, J. J., "Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem", *Revista de derecho y genoma humana*, nº 29, 2008, pp. 13-24; KRASNOW PITASNY, A. N., "La determinación de la filiación en la fecundación post mortem", en LASARTE ÁLVAREZ, C. / DONADO VARA, A. / MORETÓN SANZ, F. / YÁÑEZ VIVERO, F., *Perspectivas del derecho de familia en e siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla , 2004; LLEDÓ YAGÚE, F., "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Dykinson, 2006, pp. 155-176; LÓPEZ PELÁEZ, P., "Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 6, 1994, pp. 109-142; RIVERO HERÁNDEZ, F., "La fecundación artificial post mortem", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 86, nº 4, 1987, pp. 871-904.

uterina o endometrio de la mujer y tiene lugar en él la aparición de la llamada cresta neural o línea primitiva.<sup>9</sup> A esta etapa de dos semanas se le denomina periodo preimplantatorio o preembrionario, al ovocito fertilizado cigoto y a las sucesivas fases de división y desarrollo durante aquel periodo, embrión preimplantatorio o preembrión. En este sentido, Palacios sostiene que:

Tal y como se extrae de la Ley 35/88, es mi opinión que las valoraciones jurídica y ética del preembrión han de obedecer a otras consideraciones, a su especificidad, a su grado de desarrollo y a su viabilidad fundamentalmente. Una vez iniciada la gestación, el embrión posimplantatorio o propiamente dicho es ya una realidad biológica, no puede dejar de ser lo que ya es (humano, generalmente, o no), cualesquiera que sea su futuro, y sus intereses han de protegerse y conciliarse con los de la mujer que lo gesta y con los de la sociedad.<sup>10</sup>

Como antecedente a la Ley 35/88, Palacios cita a la STC 53/85, de 11 de abril de 1985 en su fundamento jurídico 5, en donde se dice:

–"que la *vida humana* es un devenir, un proceso que *comienza con la gestación*, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte".

–"que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta".

–"que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el comienzo de la gestación [...]".

–"que la vida del *nasciturus* (en cuanto que encarna un valor fundamental -la vida humana-, garantizada en el artículo 15 de la Constitución) constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional [...]" y, "que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución aunque no permite afirmar que sea titular de derecho

---

<sup>9</sup> AA.VV., *Bioética y religión*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 62.

<sup>10</sup> PALACIOS, M., "Terminología", en <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpTerminologia.pdf>, visitado el 01/10/2014



fundamental".

Palacios llega a la conclusión que "el Tribunal Constitucional ha dispuesto de un acceso correcto al conocimiento biológico riguroso. Señala en la Sentencia aludida que la vida humana tiene un comienzo: la gestación; que partir de entonces se produce una realidad biológica, un *tertium*, en suma una/s individualidad/es; que el *nasciturus* comienza a ser tal con la gestación".<sup>11</sup> En este sentido, se analizará seguidamente el estatuto jurídico del embrión.

### 6.1.3.2. Marco Legal del estatuto jurídico del embrión

El embrión es un bien jurídico de protección constitucional. El derecho a la vida se conceptualiza como "el derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano".<sup>12</sup> El derecho a la vida es primordial entre los derechos atinentes a la persona y el presupuesto indispensable de todos los demás. De no existir el derecho a la vida, carecería de sentido referirse a la constelación de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico para la protección y tutela de la persona humana.<sup>13</sup>

Hay que apuntar, por tanto, que el término preembrión que aparece en la legislación española no es original y con él se define la primera fase de 14 días –o fase preembrionario del desarrollo prenatal–. Las siguientes fases son, sucesivamente, la de embrión propiamente dicho o posimplantatario y la fase fetal. Además de emplearse desde la Ley 35/88, otras normas y documentos ya habían usado antes el término con bastante frecuencia. Entre otros, se podrían citar el Informe de la Voluntary Licensing Authority (Reino Unido, 1986) *Informe*

---

<sup>11</sup> PALACIOS, M., "Terminología", en <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpTerminologia.pdf>, visitado el 01/10/2014.

<sup>12</sup> ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, 1994, p. 25.

<sup>13</sup> Para Romeo Casabona "[...] la relevancia del derecho a la vida es que en él recaen todos los demás derechos, es el soporte y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus facultades personales, su desenvolvimiento existencial, aspiraciones y metas, en suma, su destino individual y social".

ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida...*, p. 27.

*Warnock* y el Informe de la Comisión Especial de Estudio del Congreso de los Diputados (España, 1986) *Informe Palacios*.

La Ley 35/88 estableció los instrumentos jurídicos para la protección del preembrión. La ley dice lo siguiente al respecto:

a) Lo define como la fase del desarrollo desde la formación del cigoto hasta 14 días después, en que aparece de la línea primitiva y se implanta (o no) en el útero materno.

b) Se prohíben:

–La fecundación de ovocitos con cualquier fin distinto a la procreación humana (lo que, junto a la investigación y usos terapéuticos de pre embriones, debe valorarse actualmente a tenor de lo establecido en el artículo 18 de la Convención de Asturias de Bioética, en vigor en España desde el comienzo de 2000).

–La creación de pre embriones por clonación con fines reproductivos.

–El desarrollo y mantenimiento de pre embriones *in vitro* con cualquier fin más allá del día 14 que sigue a la fertilización, descontando el tiempo que estuvieron crio conservados.

– Obtener pre embriones humanos por lavado uterino para cualquier fin; actuaciones que modifiquen su línea germinal.

–Actuaciones como la mezcla de semen (o de óvulos) de distintas personas para crear pre embriones para la FIVT.

–Comerciar con pre embriones o con sus células, así como su importación o exportación

– Utilizar pre embriones con fines cosméticos o semejantes.

– Transferir preembriones al útero sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.

– La transferencia de pre embriones humanos al útero de animales.

–La ectogénesis, la partenogénesis, la producción quimeras y otras actuaciones consideradas como "desviaciones no deseables de las técnicas".

c) Se proponen valoraciones para determinar su calidad biológica y la

viabilidad o no de los pre embriones, de modo que, si es transferido, se proteja la salud de la descendencia y de la mujer gestante.

d) Se establecen requisitos de protección del pre embrión en cuanto a las manipulaciones a que pueda ser sometido, autorizándose su crío conservación, o su donación con el objetivo de transferirlos después con fines procreadores, bajo los principios exigidos.

e) Se establecen los requisitos para autorizar la investigación/experimentación en pre embriones, etc.<sup>14</sup>

Después, el Convenio de Oviedo, convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros, el 19 de noviembre de 1996, recoge en su Capítulo V, artículo 18, que versa sobre la experimentación con embriones *in vitro* lo siguiente:

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 creación de embriones humanos con fines de experimentación.

Posteriormente, la Ley 45/03 y el RD 2132/04 autorizan la utilización en investigación y terapéutica de los embriones sobrantes de la FIV, bajo ciertos requisitos y limitaciones.

La Ley 45/03 quería poner fin a un problema, según dice en su texto: "El objetivo de la reforma contenida en esta ley es el de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, cuyo destino no está determinado". En el motivo IV de la Ley 45/03 se expone:

La reforma se concreta en la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988, para evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios, a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples.

Para ello, se ha optado por una solución que combina el compromiso y la

---

<sup>14</sup> Véase en este sentido, PALACIOS, M., "Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88). Modificaciones y propuestas de actualización", en TAMAYO, J. J., *Bioética y Religión*, Madrid, Editorial Dikynson, 2007, pp. 63-64.

responsabilidad por parte de los centros y los usuarios, con la flexibilidad necesaria para asegurar la eficacia de las técnicas en las distintas circunstancias en las que acuden las mujeres usuarias de las técnicas de FIV.

Se ha considerado oportuno establecer un límite máximo al número de preembriones que pueden ser transferidos a una mujer en cada ciclo, a fin de reducir el número de partos múltiples, y evitar así los riesgos que este tipo de embarazos puede suponer tanto para la madre como para los hijos. Teniendo en cuenta las tasas de eficacia existentes en la actualidad, así como los riesgos derivados de gestaciones de más de tres fetos, se ha establecido el límite máximo en tres preembriones por ciclo. Este límite es acorde con las últimas reformas legislativas llevadas a cabo en otros países de nuestro entorno, donde se están estableciendo límites al número de embriones que se pueden transferir en cada ciclo.

Así mismo, con objeto de evitar la generación de preembriones supernumerarios fuera de los casos en los que sea necesario, se establece que se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores. Las tipologías fisiopatológicas de estos casos en los que se permita fecundar un número mayor de ovocitos, siempre que sea asumible por la pareja dentro de su proyecto reproductivo, serán especificadas en un protocolo elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo con el asesoramiento e informe previo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

El RD 2132/04 establece los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes –que estuvieran crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley–.

Por su parte, Marcelo Palacios en la ponencia titulada "Reproducción Asistida y Células Madre. Legislación española", leída en Oviedo el 13 de mayo de 2006 dijo al respecto de la Ley 45/03 y del RD 2132/04 "que aún suponiendo un paso adelante, [...] dejaron fuera de la posibilidad de investigación con ellos a los preembriones que hubieran sido crioconservados después de la entrada en vigor

de la Ley citada".<sup>15</sup>

Las críticas, no se hicieron esperar, debido al contenido y forma del tema que regula. De ahí nace la ley 14/2006 sobre RAH que fue aprobada en Congreso de los diputados, publicada en el BOE con fecha 27 de mayo de 2006. Para entender la ley se debe tener primero una breve noción respecto de lo que estaba demandando la sociedad debido a diferentes problemas.

Pocos países de Europa y del mundo cuentan con una legislación para el uso de la metodología necesaria para tratar los problemas de fertilidad según la exposición de motivos de la propia ley. Los avances científicos en este campo son constantes y por ello la necesidad de modificar la ley del 1988, que fue modificada por la Ley 45/2003. Ésta tenía como fin principal el dar un destino a los embriones supernumerarios y evitar la posible generación de más embriones que pudieran no tener finalidad reproductiva. Se daba por fin salida al problema de los embriones que se mantenían congelados y que las parejas no deseaban utilizar ni para su propia reproducción ni para donarlos a otras parejas.

La gestación con óvulos de donante se ha convertido en la técnica más demandada por las mujeres mayores de 40 años. Sin embargo, después de ocho años de la aprobación de la Ley 14/2006 en España, no existe ningún sistema que garantice las buenas prácticas de esta técnica.

Por otra parte, los expertos reclaman la creación del registro de centros y de donantes que exige la normativa española y que también establece la Unión Europea.

Ahora, en la investigación de embriones, contrariamente a la Ley del 2003, se permite generar embriones sin finalidad de reproducción, la clonación "terapéutica", crear híbridos de humano y animal y casi cualquier otro uso de los embriones.

Además de los métodos ya utilizados con frecuencia, como la FIV, la inseminación artificial, la inyección intracitoplasmática, con gametos propios o de

---

<sup>15</sup> PALACIOS, M., "Reproducción Asistida y Células Madre. Legislación española", conferencia leída en Oviedo el 13 de mayo de 2006, véase [http://www.aesmatronas.com/descargas/CONFERENCIAS\\_AESMATRONAS/04\\_LEGISLACION/06\\_REPRODUCCION\\_ASISTIDA.pdf](http://www.aesmatronas.com/descargas/CONFERENCIAS_AESMATRONAS/04_LEGISLACION/06_REPRODUCCION_ASISTIDA.pdf), visitada el 02/10/2014.

donante y con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos, se pueden aplicar técnicas experimentales con autorización previa. Por otra parte, el utilizar el útero de otra mujer para la gestación –es decir, lo que se conoce como vientres de alquiler–, y la clonación con fines reproductivos, siguen siendo ilegales.

Recopilando todo lo expuesto anteriormente, hay que decir que el TC, y toda su doctrina jurisprudencial, han tenido mucho que decir sobre la protección legal del embrión. Sin embargo, hay que recordar, que no se presentaron todos y cada uno de los recursos que hubieran sido necesarios para clarificar el estatuto jurídico del embrión.

El TC español sobre el estatuto jurídico del embrión tiene como bandera principal la STC 53/1985 de 11 de abril, relativa la Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del CP, por lo que es la primer vez que se despenaliza el aborto en España 1985. Posteriormente, se completó con la STC 212/1996 de 19 de diciembre y la STC 116/1999 de 17 de junio. Todas estas sentencias, que serán desarrolladas en esta investigación, han ido creando la doctrina en la tutela jurídica de la vida del *nasciturus*.

En la Jurisprudencia del TS, tanto el feto como el embrión humano resultan equivalentes en cuanto "vida humana dependiente". De este modo, tiene una condición humana diferente a la de su progenitora y, penalmente, tiene que ser protegido. Esto es afirmado por la sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 29-11-01 que ratifica la doctrina establecida antes en la Sentencia de la misma Sala de 5-4-95. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sostiene que hay que proteger jurídicamente al *nasciturus*, pues posee derechos fundamentales, como así lo afirma la Sentencia de la Sala Tercera del TS de 30-4-88. Se garantiza, por tanto, la protección jurídica del embrión y de los derechos fundamentales que dicha institución posee. Igualmente, en dicha sentencia se sostiene que el *nasciturus* tiene derecho a la vida.

Hay que tener en cuenta que toda esta doctrina es anterior al Convenio de Oviedo, y a la evolución doctrinal actual, y las últimas tendencias del Derecho comparado con otros países Europeos, van marcando la evolución de la nueva Ley 14/2006, hoy en vigor. Por otra parte, hay que traer a colación que España no ratificó la Declaración sobre la Clonación Humana de 8 de marzo de 2005, que afirma que las Naciones Unidas deben prohibir a las técnicas de ingeniería

genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana. España alegó, para no adherirse a la declaración, que nuestro país es favorable a la clonación humana con finalidad terapéutica, lo que, al contradecir la declaración, impide la adhesión de España al criterio de la Asamblea General.

Ante esta problemática, es necesario plantearse si realmente resulta suficiente el ordenamiento legal para enfrentarse a los bruscos y radicales cambios que suscitan las técnicas de reproducción asistida en instituciones como el parentesco, la filiación y en los órdenes sucesoriales y, sobre todo, el derecho fundamental de la protección de la dignidad de la persona y el derecho a la vida.

Siendo este el dilema fundamental, ahora en este trabajo se plantean unas preguntas a partir de las cuales se querrá ir analizando las diferentes posturas y la protección legal existente, en estos momentos, en nuestro ordenamiento jurídico.

Por un lado, se debe dar cumplimiento a la protección de los derechos humanos y la aplicación de la ley.

### 6.2. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA LEY 14/2006 DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

Al resolver el recurso de inconstitucionalidad que se presentó, en su día, contra la primera Ley en España sobre la RHA, el TC no fue coherente con su propia jurisprudencia. En este sentido, el TC pudo tanto en el año 1985, despenalización del aborto, como en la posible inconstitucionalidad de la Ley 35/1988 y no lo hizo.

Ante esta situación problemática, es necesario cuestionarse si realmente es suficiente o no el ordenamiento legal actual para afrontar los bruscos y radicales cambios que generan las TRA en instituciones como el parentesco, la filiación y en los órdenes sucesoriales y, sobre todo, ver cómo afecta la legislación al derecho fundamental de la protección de la dignidad de la persona y el derecho a la vida. Para abordar estos problemas fundamentales, es conveniente abordar una serie de cuestiones que intenten echar luz al asunto y que permitan ir analizando las diferentes posturas y la protección legal existente en estos momentos en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, se debe dar cumplimiento a la protección de los derechos humanos. Por otro, la aplicación de la ley. Por este motivo, ahora, en esta investigación se tiene que dar respuesta a una serie de preguntas como:

- ¿Cuándo comienza la vida humana?
- ¿Existe vida humana antes del día 14 de gestación?
- ¿Se protege de forma similar o igual a la persona nacida del seno materno, que a la nacida por reproducción asistida?
- ¿Existe un derecho a la vida y un derecho a la vida de los embriones supernumerarios?
- ¿Cómo resuelve la legislación la filiación de personas nacidas mediante estas técnicas?
- ¿Es suficiente que la ley indique la obligatoriedad del consentimiento del cónyuge para ser causa de separación o divorcio?



### 6.2.1. ¿CUÁNDO COMIENZA LA VIDA HUMANA? ¿EXISTE VIDA HUMANA ANTES DEL DÍA 14 DE GESTACIÓN?

La ciencia no puede definir cuándo comienza la vida desde el punto de vista social, filosófico o religioso. La vida, desde la perspectiva de la ciencia, comenzó hace ya más de 3.500 millones de años. Desde aquel entonces, la propia vida y los seres vivos han ido expandiéndose y evolucionando a lo largo de miles de años. Por otra parte, la especie humana se caracteriza por tener una serie de cromosomas, 23 parejas concretamente.

Si nos acercamos desde el conocimiento molecular y celular, cualquiera de las células que tenga nuestro cuerpo, ya sea en estado embrionario o fetal, infantil o ya de adulto, es, sin duda, una célula humana. No obstante, si lo que se desea es definir el momento en el que un embrión debería ser considerado un ser humano, es decir, un componente fundamental de nuestra sociedad, aquí se entra en una discusión problemática.

Es decir, ni la Bioética, que se encuentra conformada por un conjunto de comités nacionales e internacionales, ni ninguna otra investigación científica pueden, ni deberían, definir los parámetros que pueden ser incluidos en un magisterio más filosófico, más personal, más íntimo. Así debería de ser, pues así lo consideraron Stephen Jay Gould o Francisco Ayala. Estos autores, con una coherencia absoluta y un profundo respecto, fueron quienes definieron estos y otros magisterios del saber humano.<sup>1</sup>

Al respecto, el artículo 15 de la CE dice literalmente que:

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.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> [http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013-12-20/cuando-empieza-la-vida-de-un-ser-humano\\_68769/](http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013-12-20/cuando-empieza-la-vida-de-un-ser-humano_68769/), visitada el 18/06/2014.

<sup>2</sup> Véase al respecto, entre otras, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "EL derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 1996, pp. 1668-1670; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "La pena de muerte: artículo

Hay que insistir que tanto el derecho a la vida como el derecho a la integridad física y moral son los derechos más básicos y primarios de los reconocidos en la CE, en la medida en que la afirmación de los demás solo tiene sentido a partir del reconocimiento de éstos. Por otro lado, es indudable que el derecho a la vida es el antecedente –o supuesto ontológico– sin el que los otros derechos, sean fundamentales o no, no tendrían existencia posible. Además, hay que recordar que, por otro lado, está el derecho a la integridad personal. Éste, en su doble dimensión física y moral, supone el complemento ineludible pues se encarga de proteger la plena inviolabilidad del ser humano y, por otro lado, contribuye a sentar las bases de la construcción individual y social del individuo.

La estructura de base del derecho a la vida y del de integridad personal recoge tanto el reconocimiento constitucional –que es una unión de ambos derechos– como, sobre todo, el lugar en el que se produce este reconocimiento. Es, por tanto, en el primer artículo de la Sección Primera del Capítulo II del Título I (artículos 15 a 29), en donde se encuentra la sección que constituye el núcleo central de la declaración constitucional de derechos. Es decir, aquí se encuentran ubicados los derechos más relevantes, aquéllos que gozan del máximo nivel de protección jurídica, como son los artículos 53, 81 y 168. Por tanto, el derecho a la vida y el de integridad personal son, no solamente los primeros derechos fundamentales desde un punto de vista lógico, sino que también son los primeros reconocidos en la CE.

Por otra parte, respecto a los tratados internacionales a los que se ha adscrito España sobre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral y, por otro lado, a las declaraciones internacionales o supranacionales hay que distinguir dos ámbitos. El primero de ellos sería el global y, el segundo, el

---

15 de la Constitución", en *Congreso "La Reforma de la Constitución"*, 1992, vol. 3; IGLESIAS CARBALLO, F. J., "Análisis jurisprudencial del artículo 15 de la Constitución Española", en *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, nº 5, 2002; LUPIÓN CRUZ, E., *La salud y su protección en el marco de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978: el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 como derecho a la salud*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1992 y PUY MUÑOZ, F. de P., "El tópico vida en el Artículo 15 de la Constitución", en A.A.V.V., *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, vol., 1, pp. 259-273.

europeo. El primero opera en el seno de las Naciones Unidas. El segundo opera en el del Consejo de Europa, en unos casos, y en el de la Unión Europea, en otros.

Por lo que respecta a los tratados y declaraciones internacionales de ámbito global o universal hay que destacar:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 3 y 5).
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 26 y 27) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte de 15 de diciembre de 1989.
3. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984.
4. El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 14 de diciembre de 1979; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de 17 de diciembre de 1990.
5. Los diversos Convenios y Protocolos de Ginebra sobre heridos, enfermos, población civil, víctimas o prisioneros en tiempo de guerra (por ejemplo, el Convenio relativo a la protección debida a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949).
6. La Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 y su Protocolo de modificación de 23 de octubre de 1953; la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956.
7. El Convenio sobre trabajo forzoso de 28 de junio de 1930.
8. El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 25 de junio de 1957.
9. El Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de septiembre de 1948.
10. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968.
11. El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación

de la prostitución ajena de 2 de diciembre de 1949.

12. Los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de 24 de mayo de 1979.

Por otra parte, en cuanto a los tratados y declaraciones internacionales o supranacionales de ámbito europeo –bien Consejo de Europa, bien Unión Europea–, hay citar los siguientes:

1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950 –artículos 2 y 3–.
2. El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 y sus Protocolos 1 y 2.
3. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997.
4. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente, primero en Niza el 7 de diciembre de 2000 –artículos 2 a 5– y, de forma definitiva, después, en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, con carácter previo a la firma del Tratado de Lisboa, el cual atribuye a dicha Carta el mismo valor jurídico que los Tratados (6 TUE).

Asimismo, también algunos de los Estatutos de Autonomía reconocen expresamente el derecho a vivir con dignidad, el proceso de la muerte y, también, el derecho a formular declaración de voluntades anticipadas sobre intervenciones y tratamientos médicos. Así, habría que recordar:

1. Artículo 20 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
2. Artículo 25 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Baleares.
3. Artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

4. Artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

La jurisprudencia constitucional reincidencia en los derechos a la vida y a la integridad física y moral que estaban contemplados en el artículo 15 de la CE. La jurisprudencia en esta línea ha sido abundante. El TC ha concretado su alcance y ha definido el significado de los conceptos y términos que ha empleado en su formulación. Igualmente, y por último, ha realizado una lectura sistemática y ponderadora del mismo en relación con los artículos 1, 10, 16 y 17.1 de la CE.<sup>3</sup>

Ahora, hay que preguntarse si el derecho a la vida ¿Solo es para las personas o incluye también al *nasciturus*? Si es un derecho solo de la persona tan sólo ésta podría ser la titular del mismo. No obstante, esto no significa que sólo la persona sea titular de derechos. Hay que hacer hincapié que el CC no es privatista, sino jurídico. Por tanto, en su lenguaje se hablaría de personalidad jurídica, concepto éste que difiere del de persona. Con todo, la discusión sobre la titularidad deviene en totalmente estéril si se piensa, como se defiende, que, en cuanto a la existencia física, el "derecho a la vida" no es un derecho como tal, sino que es una prohibición constitucional de atentar contra la vida. Sin embargo, no lo sería totalmente si, en este supuesto, tuviera sentido el hablar de que está en juego la integridad física y la moral vitales porque, en ese caso, como se ha visto, sí podría hablarse de un derecho fundamental a la vida o de protección frente a un riesgo vital. Sin embargo no sólo es que no es el caso, sino que, teniendo en cuenta que sólo las personas son titulares de derechos, el *nasciturus* no podría ser titular de ninguno de ellos, cualquiera que sea el estado de la gestación.

Es meridiano que es la existencia física de lo que se trata en el caso del *nasciturus*. Por tanto, la cuestión pasa por debatir sobre la titularidad de un derecho que tiene que poder determinar el alcance de la prohibición constitucional de atentar contra la vida ajena. Podría llegar a pensarse que, al final, la consecuencia es la misma y que se trata de un itinerario conceptual diferente que, sin embargo, conduce a las mismas soluciones que se desprecian. Sin embargo, no es así. Varias razones lo explican. Según Tomás Requena López:

En primer lugar, porque si está claro que sólo las personas pueden ser

---

<sup>3</sup> <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>, visitada el 18/06/2014.

titulares de derechos, lo es también que la vida humana comienza antes de que la persona exista, lo que significa que la prohibición del art. 15 CE protege al feto.

En segundo lugar, porque precisamente por lo expuesto, de admitir un derecho a la vida y, por tanto, que sólo la persona es titular del mismo, es necesario, de no llegar a resultados inconcebibles, desde el punto de vista de la vida de la persona que, verbigracia, se pueda eliminar un feto, idear un sistema doble, donde se distingue entre un derecho a la vida del que sólo son titulares las personas y la vida, valor constitucional predicable del *nasciturus*, con el argumento, loable, pero en cierta medida insuficiente, la vida del *nasciturus* es un paso necesario para la vida protegida por el art. 15 CE como derecho, esto es, para la vida como derecho de las personas.<sup>4</sup>

Hay que insistir en que la vida del *nasciturus* no es un valor constitucional diferente del de la vida de las personas: es el mismo valor. Por tanto, tanto la vida del feto como la vida de la persona tienen el mismo valor. De hecho, no hay ninguna indicación en la CE que permita afirmar lo contrario.

Por otra parte, el TC ha considerado oportuno razonarlo como tal valor diferente del derecho a la vida de las personas –que también es reflejo de ese valor, pero que es, lógicamente, algo más–. Se ha configurado el "derecho a la vida" como un auténtico derecho y, evidentemente, el estado tiene la obligación de proteger dicho derecho.

La vida humana es un valor. Pero es un valor tanto en el *nasciturus* como en la persona. Sin embargo, no es un valor superior del ordenamiento, pues sólo lo son los que como tales proclama el art. 1.1 de la CE. A pesar de ello, esta consideración no puede generar una minusvaloración de su trascendencia. Tan sólo significa que no es un "valor superior del ordenamiento jurídico". Probablemente, habría que decir que es el valor básico y no sólo del ordenamiento, sino de todo lo que significa el concepto humano. El razonamiento es muy claro, sin vida no hay humanidad. De hecho, se le podría considerar incluso un prevalor antes que un valor en sí mismo, ya que los valores adquieren

---

<sup>4</sup> REQUENA LÓPEZ, T., "Sobre el derecho a la vida", en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/11Requena.htm>, consultado el 10/11/2014.

su sentido en el contexto humano y éste no existe sin la vida. Por tanto, la vida es la condición para la existencia de todo lo humano.

Lo expuesto anteriormente puede llevar a considerar que la CE prohíbe atentar contra la vida humana y que, como vida humana, se entienda la del concebido pero no nacido. Aquí, se está, nuevamente, ante un problema fundamental. Éste sin duda se genera en torno al hecho de cuándo, durante el periodo de gestación, se puede hablar de vida humana y cuando no. Sin embargo, un hecho evidente es que la vida comienza antes del nacimiento, mucho antes del parto. Por este motivo, no se puede aseverar que lo constitucionalmente relevante es sólo si está justificado constitucionalmente poner fin a la vida, al margen del significado del art. 15 de la CE, porque tal justificación dependerá, precisamente, de ello.

Por tanto, y tras lo expuesto, es evidente que la vida humana está protegida por la CE, pues ésta prohíbe expresamente atentar contra ella. Sin embargo, de ello no cabe inferir la prohibición absoluta del aborto. Pues, de esa prohibición del art. 15 de la CE, tan sólo resulta la obligación del Estado de establecer un sistema para garantizar que tal prohibición se cumpla, previniendo los ataques contra la vida y castigándolos.<sup>5</sup> Desde el punto de vista jurídico, en estos momentos, tan sólo se tiene lo que ha indicado el TC al respecto en la sentencia de 11 de abril de 1985, sentencia que, a pesar del cambio legislativo del 2006, no ha sido modificada. En su Fundamento Jurídico 5 dice:

1. Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte.
2. Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.
3. Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el comienzo de la gestación [...].

---

<sup>5</sup> REQUENA LÓPEZ, T.: "Sobre el derecho a la vida", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 12, julio-diciembre 2009, pp. 283-342.

4. Que la vida del *nasciturus* (en cuanto que encarna un valor fundamental -la vida humana-, garantizada en el artículo 15 de la Constitución) constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional [...].
5. Que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución aunque no permite afirmar que sea titular de derecho fundamental.

Parece que el TC ha dispuesto de un correcto acercamiento al conocimiento biológico riguroso. Como señala Palacios, en la sentencia aludida antes, "la vida humana tiene un comienzo: la gestación; que partir de entonces se produce una realidad biológica, un *tertium*, en suma una/s individualidad/es; que el *nasciturus* comienza a ser tal con la gestación".<sup>6</sup> Por otro lado, existen otras opiniones,<sup>7</sup> de distinta extracción profesional, que son coincidentes con su señalamiento. Así, según Palacios, para F. Böckle y en la misma línea teólogos como Mercier, Sertillanges, Prümmer, Merkelbach, Hering, Vermeersch, Hudeczek, Vodopivec, Ruff y otros que cita, "es sumamente problemático que con la fecundación se pueda hablar ya de un individuo humano (y que tenga lugar la animación)" y, "concluida la implantación, nuestro conocimiento actual del proceso de individuación ha alcanzado un grado tal que nos permite hablar del embrión como de un individuo".

Según Vidal "entender que hay vida humana anterior (a la implantación definitiva) ¿no será incurrir en exageraciones análogas a la idea medieval sobre el semen, de la existencia en él del homúnculo?"<sup>8</sup> Por otra parte, Muñoz Conde asegura que "la teoría dominante es que el comienzo de la vida humana independiente ha de fijarse con el comienzo de la gestación, después de la

---

<sup>6</sup> PALACIOS, M., *Reproducción Asistida. Discurso y Recurso*, Editorial Stella, Gijón, 1990; y *El nuclóvulo: clonación terapéutica* (II Congreso Mundial de Bioética, 2002).

<sup>7</sup> Las siguientes referencias están extraídas de PALACIOS, M., "Terminología 2002. La vida humana-Fecundación-Gestación-Nasciturus-Viabilidad-El preembrión-El nuclóvulo-Aborto y Preembrión-La persona", en PALACIOS, M., *Reproducción asistida*, Stella, 1990, <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpTerminologia.pdf>, visitado el 06/06/2014.

<sup>8</sup> ZARRALUQUI, L., *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, citado en PALACIOS, M., "Terminología 2002...", <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpTerminologia.pdf>, visitado el 06/06/2014.



implantación".<sup>9</sup> Todo ello lleva a pensar que aunque exista un derecho a la vida recogido por la legislación actual, ésta no matiza claramente dónde se encuentran los límites jurídicos que tiene que poner toda legislación para la protección de la vida y de los derechos humanos. Quizás esta falta de matización se deba a que para muchos científicos hay que distinguir entre unos estadios o etapas del desarrollo del *narciturus*. Esto, podría explicar, que exista una legislación con una protección distinta dependiendo del momento de la etapa en que se encuentre. Son muchas las teorías y los estudios que buscan determinar el momento a partir del cual el producto de la concepción puede empezar a ser considerado como persona. Éstos estarán encaminados, una vez desvelada sus preguntas, a que a partir de las respuestas se establezcan las consecuencias legales.

Algunos científicos han sostenido que el comienzo de la persona humana se da a partir del decimocuarto día posterior a la concepción. En 1979 el Ethics Advisory Board (DHEW) lo propuso en los EE.UU. por primera vez. Esta idea estuvo fundamentada en el hecho de que en el decimocuarto día finaliza la implantación del embrión.

Como apunta Martínez, desde un punto de vista genético, "el día 14<sup>o</sup> separa la evolución del nuevo ser en dos etapas. Esta diferenciación es fundamental, puesto que separa dos momentos biológicos que determinan dos estatutos legales distintos y a la postre éticos".<sup>10</sup>

Muchas instancias morales se han pronunciado sobre el reconocimiento de la dignidad humana del embrión desde el momento de la fecundación. Éstas exigen respeto sobre su patrimonio cromosómico y genético. En este sentido, habría que citar la Declaración de la Iglesia Evangélica de Alemania sobre las Cuestiones de Bioética, la *Instrucción Donum vitae* o la Carta encíclica *Evangelium vitae*. Por otra parte, el Parlamento Europeo en su resolución sobre la fecundación artificial de 1989 se declara "consciente de la necesidad de proteger la vida humana desde el momento de la fecundación". Por otra parte, la Ley alemana rechazó el término "preembrión". Igualmente, el Proyecto de Ley de Fecundación

---

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 7a Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

<sup>10</sup> Véase MARTÍNEZ, M. P., "Análisis Sobre El Comienzo De La Vida Humana", *Cuadernos de Bioética*, 2003, 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup>, pp. 279-281.

Asistida aprobado el 26 de mayo de 1999 en Italia por la Cámara de diputados establece que el embrión que ha sido creado *in vitro* tiene personalidad desde el mismo momento de su fecundación.

Por otra parte, como ha recogido Puerto, "en Iberoamérica, por ejemplo, las Constituciones de Chile (artículo 19.1), Ecuador (artículo 25.3), Perú (artículo 2.1) y Venezuela (artículos 58 y 74) aseguran el derecho a la vida a todas las personas, entendiéndose esta protección también aplicable a la vida que está por nacer y desde el momento de su concepción. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos de Costa Rica de 1969, que, como tal, tiene carácter de Tratado Internacional y que ha sido introducida en el ordenamiento jurídico de los países iberoamericanos firmantes, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, en general, a partir del momento de la concepción".<sup>11</sup>

Como se ha expuesto, no existe una declaración clara y precisa de porqué el día 14 –podría ser el 10 o tal vez el 21– es cuando comienza la vida. Actualmente, se sigue debatiendo sobre la necesidad de otorgar el *status* que se merece el embrión. Su protección, además, debe estar sujeta al derecho.

#### 6.2.2. ¿SE PROTEGE DE FORMA SIMILAR O IGUAL A LA PERSONA NACIDA DEL SENO MATERNO QUE A LA NACIDA POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

La persona es, jurídicamente, sinónimo de titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, este concepto jurídico no es sinónimo de hombre o mujer, sino de personalidad jurídica.

En este sentido, hay diferentes tipos de personas en nuestro ordenamiento civil:

Personas físicas; es decir los seres humanos, que son personas por el hecho de serlo, desde que nacen hasta que mueren. El principio y fin de su personalidad jurídica lo marca el nacimiento y la muerte.

Personas jurídicas; sociedades, asociaciones, fundaciones, que se les reconoce capacidad y su propia existencia para ser titulares de derechos y

---

<sup>11</sup> PUERTO, J. J., "La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida", en *Acta Bioethica* 2000, 6(1), consultado en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000100010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000100010&script=sci_arttext), visitada el 10/11/2014.

obligaciones. Son una ficción jurídica creada para ello.

El hombre por ser hombre ya es persona. El derecho no atribuye la personalidad. Las personas jurídicas existen solamente cuando el derecho les concede personalidad jurídica. En cualquier caso, ahora interesa la persona. Se ha dicho que el principio y fin de la existencia de la persona para el derecho lo marcan hechos objetivos, como son, entre otros, el nacimiento y la muerte. En este sentido, el art. 29 CC dispone que el nacimiento determina la personalidad. Aunque el art. 30 CC añade que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno". No obstante, también hay cierta protección al concebido y no nacido, al *nasciturus*.

Las personas aún no concebidas pero que, sin embargo, pueden serlo posteriormente y, por consiguiente, pueden llegar a nacer, se llaman no concebidos. No obstante, son personas. En principio, estas personas no pueden considerarse como titulares de posición jurídica alguna. Tampoco ni de un derecho subjetivo concreto. Esto es porque son una mera eventualidad, un futuro. A pesar de esto, existen mecanismos en donde la atribución de derechos a los no concedidos resulta admisible.

Según Márquez Ruiz, los instrumentos técnicos que permiten atribuir derechos a favor de personas no concebidas son los siguientes:

1. La sustitución fideicomisaria, por virtud de la cual un testador llama a la herencia a una persona, que ha de conservarla para transmitirla, cuando muera o en un determinado momento posterior a otra persona, que puede no existir todavía.
2. La institución condicional de heredero, nombrando como tal a una persona aún no concebida bajo la condición de que llegue a nacer.
3. La donación con cláusula de reversión a favor de terceros, admitida por el art. 641 C.c., de forma que el donante dispone que a partir de un determinado momento, o cuando se haya cumplido un cierto evento, el primer donatario quede sustituido por otro, y este otro puede no existir aún en el momento de la donación, pero puede nacer en el tiempo que media

hasta el cumplimiento del evento o la llegada del tiempo señalado.<sup>12</sup>

Este autor concluye diciendo que "por todas estas vías se consigue atribuir derechos a los no concebidos. Mientras tanto, se crean situaciones de administración de esos derechos o se disfrutan en el ínterin por otra persona. Por último, hemos de decir que la persona futura puede ser también tenida en cuenta en contratos en los que se pacta algo en su favor o a su cargo (así, contrato de seguro, renta vitalicia, sociedad, etc.)".<sup>13</sup>

Al hilo de lo expuesto en los párrafos anteriores, se han llegado a las conclusiones sobre la filiación por TRA:

Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. Sin embargo, la persona puede disponer por testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, siempre que la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede revelarse la identidad

---

<sup>12</sup> MÁRQUEZ RUÍZ, José Manuel: "Comienzo y fin de la personalidad", en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200404-265513131044911.html>, visitado el 24/10/2014.

<sup>13</sup> MÁRQUEZ RUÍZ, José Manuel: "Comienzo y fin de la personalidad"..., visitada el 24/10/2014.

del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local, o bien obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.<sup>14</sup>

### 6.2.3. ¿EXISTE UN DERECHO A LA VIDA DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS?

Ahora es necesario volver a recordar que el criterio del TC de España es que los embriones sólo son titulares del derecho a la vida mentado por el art. 15 de la CE en el cual se dice que "los nacidos sin que quepa extender esa titularidad a los *nascituri*".

Hay que tener en cuenta, por tanto, que "en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante un derecho fundamental mismo sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE, pero de no ser aquel viable no cabe asignarle ese carácter, con lo cual no contará con tutela constitucional. No es que la vida humana en formación carezca de tutela constitucional hasta el nacimiento, lo que ocurre es que su protección deriva del derecho fundamental a la vida de la persona. Desde el momento de la gestación nos encontramos ante una vida humana potencialmente persona".<sup>15</sup>

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, en su exposición de motivos, habla de la necesidad después de los avances científicos y las nuevas herramientas, que se regule este tema tan complejo que afecta de manera directa al ser humano, por lo que se centra en la regulación de los embriones humanos como eje de las investigaciones biomédicas. Para ello regula e indica ciertos requisitos y control. Sin embargo, es con la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, que prohíbe expresamente la llamada

---

<sup>14</sup> Extracto de "Lo que hay que saber del nuevo código civil y comercial", en <http://www.nuevocodigocivil.com/lo-que-hay-que-saber-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>, visitada el 24/10/2014.

<sup>15</sup> BELEN MOLLAR, Evangelina: "Embriones congelados y derechos humanos", en [http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Mollar1.htm#\\_ftnref3](http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Mollar1.htm#_ftnref3), visitada el 24/10/2014.

clonación humana, donde se expone que los embriones sobrantes de las FIV con transferencia de embrión que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados. Esta conservación se podrá alargar en el tiempo hasta que los responsables médicos lo consideren oportuno. Igualmente, se recoge que será el dictamen de especialistas ajenos al centro el que dirá que la receptora no reúne los requisitos adecuados para que se le practique la RAH.

Ley 14/2006 en el capítulo III "Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida", artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones, expone que los destinos posibles que podrán tener los embriones crioconservados son:

1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.
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.
4. 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 criopreservados, 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.

5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico criopreservados, 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.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos criopreservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el punto 6 se abre una puerta a poder hacer cualquier cosa con los preembriones. De este modo, su destino pueden ser los anteriores indicados. Por otro lado, en este punto se dice que el destino de los preembriones puede ser modificado en cualquier momento de su aplicación. Por lo tanto, estos preembriones pueden encontrarse con un destino muy incierto en el que pueden ser rechazados o, incluso, destruidos. Mediante esta práctica, el derecho a la vida de los embriones supernumerarios queda muy cuestionado en la normativa jurídica actual, pues se está dejando su derecho a la vida pendiente de cualquier modificación.

#### 6.2.4. ¿CÓMO RESUELVE LA LEGISLACIÓN LA FILIACIÓN DE PERSONAS NACIDAS MEDIANTE ESTAS TÉCNICAS?

El artículo 7 de la Ley 14/2006 sobre TRA establece de forma general la filiación de estos niños que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido".

Esto supone como dice Silvia Tamayo que "por tanto, en España, el

reconocimiento de la igualdad del matrimonio homosexual con el heterosexual se ha traducido en el establecimiento del mismo régimen de filiación para el cónyuge-varón que para el cónyuge-mujer en los casos en que el contrayente haya tenido un hijo/a por el método de reproducción asistida".<sup>16</sup>

Asimismo, la citada investigadora expone que "para que se determine esta filiación a favor de la mujer cónyuge de la futura madre, será necesario que aquella manifieste ante el Encargado del Registro Civil, del domicilio conyugal que consiente se determine a su favor la filiación del hijo que nazca fruto de la reproducción asistida. Sin este trámite parecería que el nacido sólo ostentaría la filiación materna de la madre biológica pero no la de la consorte de ésta, que estaría entonces avocada a la adopción para que se considerase que el hijo fuera legalmente suyo".<sup>17</sup>

Silvia Tamayo continua su disertación jurídica sobre la problemática planteada y expone que "este precepto permite, como si se tratase de una condición, la filiación natural del hijo a favor de dos mujeres casadas –cónyuge-mujer y madre biológica–. Así lo ha reconocido expresamente la DGRN en la R. de 18 de febrero de 2009 (La Ley 15366/2009). Se admite por esta vía una doble maternidad legal reconociéndose efectos jurídicos a ese consentimiento en materia de filiación, a la vez que se rompe con la clásica regla de la determinación de la maternidad por el parto, consagrada en la expresión latina *mater semper certaest*."<sup>18</sup>

Por último, y en consonancia con Díaz Martínez, Tamayo Haya dice que:

Ciertamente, una vez admitida una doble maternidad a través de la adopción por la pareja del hijo que la otra mujer ha alumbrado tras la utilización de las

---

<sup>16</sup> TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", en [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF), visitada el 24/10/2014.

<sup>17</sup> TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas" ..., visitada el 24/10/2014.

<sup>18</sup> TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas" ..., visitada el 24/10/2014.



técnicas de reproducción asistida y reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, parece lógico admitir esta doble maternidad sin necesidad de recurrir a la adopción. Resulta por tanto loable el cambio legal introducido en materia de filiación por esta Ley dando así forma a esta doble maternidad por naturaleza nacida de la reproducción asistida, ámbito donde, al igual que en materia de adopción, la filiación es más un concepto jurídico que natural.<sup>19</sup>

El CC exponía, inicialmente, que la procreación salía siempre de la unión de un hombre y una mujer que, de mutuo acuerdo, decidían tener un hijo. Hoy en día, sin embargo, con las nuevas técnicas de reproducción, esta unión hombre y mujer, defendida por el CC, a veces se rompen. Ahora, el padre biológico, por ejemplo el marido o pareja de la mujer, dona su semen sin necesidad de que de una el hombre y la mujer. El punto de referencia para establecer las presunciones de filiación son las que se regulan en el CC artículos 11 6, y 11 7.

Así, por ejemplo, existen el matrimonio para la filiación matrimonial o el reconocimiento para la no matrimonial. En el primer caso, porque presupone que el hijo ha sido engendrado por los cónyuges, y en el segundo, porque la declaración del reconocedor revela el hecho biológico de la procreación. Esta presunción de paternidad se desencadena si los hijos han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio. Actúa *ex lege*, beneficiando al hijo en su condición de hijo matrimonial. Será al presunto padre, hijo, o madre –si no está privada de la patria potestad– y al Ministerio fiscal, a quien corresponderá la acción de impugnación. Si el hijo ha nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, como su concepción se ha originado antes y el nacimiento ha tenido lugar durante el matrimonio, también está amparado por la presunción de paternidad, sin embargo, el marido puede desconocer mediante declaración auténtica aquella paternidad. Actualmente, el hijo nacido más allá de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges no

---

<sup>19</sup> TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas"..., visitada el 24/10/2014. Véase igualmente, DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 34-35.

está amparado en la presunción de paternidad según el artículo 116 CC.<sup>20</sup>

Todo esto ha desembocado en una reciente Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante STS– de 6 de febrero de 2014. En ella se declara que no cabe reconocimiento incidental, ni de intención en una resolución que reconoció la filiación por sustitución de una pareja homosexual que contrató una maternidad subrogada fuera de España. La sentencia se basa en que en España es contrario al orden público, ya que vulnera la norma imperativa del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de TRA. En la sentencia, el TS deniega la inscripción de la filiación de dos niños gestados mediante maternidad subrogada. Hay que aclarar que la Sala no deniega la inscripción de los niños en el RC español, pero sí la constancia de su filiación, al no estar contemplado en la legislación española y por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes.<sup>21</sup>

#### 6.2.5. ¿ES SUFICIENTE QUE LA LEY INDIQUE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE PARA SER CAUSA DE SEPARACIÓN O DIVORCIO?

Hay que recordar que para que la ejecución de la inseminación artificial sea válida es necesario el consentimiento del donante y de la receptora y debe darse de manera expresa. Los médicos son los que aprueban la intervención quirúrgica ya que dicha intervención se da en el cuerpo de la persona, lo cual constituye una intromisión en la integridad física del sujeto. El artículo 8 titulado "Determinación legal de la filiación" de la Ley 14/2006 determina en sus tres puntos:

1. 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.
2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con

---

<sup>20</sup> Véase en este sentido, LLEDÓ YAGÜE, F. / SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2011, Tomo I. Parte sustantiva. Tomo II. Parte registral y otros temas del procedimiento, p. 487.

<sup>21</sup> STS 6 de febrero de 2014.

contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Jurisdicionalmente, esto nada tiene que ver con poder solicitar el divorcio sino se ha prestado consentimiento. Tan solo indicará que impugnamos la filiación. Sin embargo, nada de ello es causa de separación o divorcio. Para las leyes españolas, la única exigencia legal para solicitar la separación o el divorcio es el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio. No obstante, no será necesario este plazo cuando exista un riesgo para la vida, la integridad física moral o sexual del cónyuge que lo solicita o de los hijos e hijas del matrimonio.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Véase la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC en materia de separación y divorcio.

### 6.3. TRIBUNALES ESPAÑÓLES: JURISPRUDENCIA

#### 6.3.1. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En este apartado se resumirán algunas de las sentencias del TS que han tratado de forma tangencial los temas principales de esta investigación. No se profundizará tanto como en las sentencias del TC pues las generadas en este último son más importantes para el desarrollo de la problemática planteada en este trabajo. Sin embargo, y a pesar de lo comentado, es interesante conocer también cómo se han tratado jurídicamente al embrión y su protección en las sentencias del TS.

##### **6.3.1.1. Sentencia nº 2252/2001 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 29 de Noviembre de 2001**

Relacionado con el tema de la presente investigación, hay que exponer ahora el punto 4 de los fundamentos del derecho de la sentencia nº 2252/2001 del TS. Aquí se dice:

-1. La sentencia de esta Sala de 5 de abril de 1995 dictada en el recurso de casación 2/1994, bajo la vigencia del CP de 1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del art. 158 del Código vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts, 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero –conforme a las técnicas más recientes– de tratamiento

médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, " con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad".

1. Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22 de enero de 1999 – recurso 3823/1997– en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.<sup>[1]</sup> En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1º que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.<sup>[2]</sup> Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que "el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto" y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización

de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución. La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desafortunada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del art. 621.2º del Cº Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

Igualmente, es muy interesante el voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 2252/2001 de 29 de noviembre, dictada en el recurso número 1501/2000, por su disertación sobre la vida del embrión y los derechos del *nasciturus*. Su voto particular dice así:

Mi discrepancia es con el punto de vista manifestado en las siguientes afirmaciones de la sentencia. Una primera, que, recogiendo otra de la de esta misma sala de 22 de enero de 1999, dice: "El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto". Y otra, en la que se concluye: "No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una 'persona', el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal". Para, finalmente, entender que, puesto que se dan las exigencias típicas del art. 621,2º Cpenal, la conducta enjuiciada es típica, en contra de lo que mantiene el tribunal de instancia, y, por tanto, debe casarse la sentencia. Mi criterio difiere, pues, a la hora de determinar el sentido que debe atribuirse al pronombre indefinido "otro" empleado por el Código Penal en los artículos citados, y también en el artículo 138 cuando se tipifica el homicidio. Con ese término se expresa el

objeto material del delito. En una primera aproximación éste es un ser humano vivo. Pero el sintagma "vida humana" designa un proceso (STC 53/1985), integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen distinta consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal. Dentro de éste, el tratamiento diferencial se traduce, sustancialmente, en la existencia de distintas figuras de delito aplicables: las de homicidio/lesiones a "otro" y las de aborto/lesiones al feto. Por eso, la interpretación que se haga de aquel pronombre tendrá el alcance de precisar la línea de demarcación entre ambas modalidades delictivas. Para el Diccionario de la Real Academia, "otro" es "persona o cosa distinta de aquélla de que se habla". Y "distinto" quiere decir "que no es lo mismo, que tiene realidad o existencia diferente de aquello otro de que se trata". En filosofía y en psicología "el otro" cumple una función especular: cada ser humano depende de él para la constitución de su imagen. Ese interlocutor otro ha de ser, pues, una realidad autónoma. Y una realidad sólo es autónoma cuando excluye lo que ella misma no es. Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada; lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente. El feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno no responde conceptualmente a tal exigencia. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido. El delito de aborto protege la vida del *nasciturus* (STS 27 de junio de 1992), comprendida la del que ya ha comenzado a nacer (STS 23 de octubre de 1996). Para que éste pueda llegar a ser considerado "otro" ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda. Pertenecer a la categoría "ser vivo" es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de "otro" a los efectos de los arts. 138 y 157 Cpenal 1995. Un ser vivo en periodo de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como "otro" respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida

(biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad. Pues ese concepto se satisface sólo por la concurrencia de dos clases de datos, unos de carácter biológico (en ese momento, el único realmente existente) y otros de naturaleza socio-cultural (que no se dan). El Código Penal derogado contenía un precepto, el del art. 410, relativo al infanticidio, que aportaba claridad a esta materia, puesto que el valor vida humana independiente allí protegido tenía su referente en el "recién nacido". Verdad es que se ha dicho que con tal expresión se quería señalar el momento-límite de posible incidencia del honor para determinar una reducción de la pena. Pero no es así: "matar al hijo recién nacido" quiere decir hacer objeto de la acción letal a un sujeto cuyo estado actual se puede denotar mediante el uso del participio del verbo nacer ("nacido") y no de otro modo (es decir, con el gerundio "-naciendo"-, por ejemplo). La realización del tipo objetivo requería como objeto de la acción criminal un individuo (ya) "nacido" y nacido muy poco tiempo antes. Tal es la determinación que ejerce ese adverbio de tiempo sobre el participio al que precede. Pues bien, es obvio que la destipificación del delito de infanticidio no tuvo por finalidad introducir una modificación en la materia que nos ocupa, sino que respondió a otras exigencias, relacionadas con la cuestionable particularidad del citado precepto, que constituía un estado anímico en el núcleo del tipo. Por eso, la modificación legislativa no puede ser significativa de cambio alguno en esta materia. Es más, el momento de concreción del comienzo de la vida humana independiente, en el Código Penal vigente, ha perdido relevancia a la hora de determinar la posibilidad de sanción o la impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones en el caso del feto (por la previsión de tipos específicos, los de los arts. 145 y 157-158). De este modo, la decisión de la sentencia que motiva este voto, de adelantar el umbral de la protección de aquél mediante la reconsideración extensiva del objeto material del homicidio, es ahora todavía más difícil de apoyar con argumentos de derecho positivo. De ahí que entienda que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haberse confirmado.



**6.3.1.2. Sentencia nº 835/ 2013 del TS, Sala de lo Civil del 06 de febrero de 2014**

En los antecedentes del hecho se declara que: "El Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia, con fecha 28 de enero de 2010, demanda de juicio ordinario contra la "DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO", D. Estanislao y D. Gines, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 y fue registrada con el núm. PO 188/2010, cuyo suplico pedía "[...], se dicte en su día una sentencia por la que se declare que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10), el contenido de dicha resolución es contrario al orden público español y no procede el acceso al Registro Civil español de los hechos en su virtud inscritos, por lo que deberá acordarse su cancelación".

El único motivo del recurso fue la "Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989".

En el punto tercero de la sentencia se reconocen las decisiones extranjeras y el orden internacional español. En relación al tema de la sentencia se valora "si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes".

En el apartado cuarto, titulado "Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual", punto 1, se expone que: "en el recurso se alega que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida)". Al respecto, la sala sentencia que: "El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos

de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente".

En el apartado quinto titulado "El interés superior del menor", punto 11, se vuelve a remitir a la LTRA. El citado punto dice:

La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores.

La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California.

También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

Tras el fallo del tribunal, en el voto particular formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol, se vuelve a hacer mención a la Ley de Reproducción Asistida Humana. En el voto particular se dice:

En segundo lugar, se dice en la sentencia que "los avatares en la técnica de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer

gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población". Esta afirmación no se puede generalizar ni se compece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, como son los Estados Unidos de Norteamérica. Pero es que, además:

- a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante;
- c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y
- d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.

En tercer lugar, la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos. Lo ha hecho nuestro país mediante la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre "régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español. Sin duda, el orden público internacional, como motivo de rechazo del reconocimiento en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución, se tiene en

cuenta para algunos y se niega a otros, convirtiendo lo que es nulo por ley en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían en el momento de la inscripción que ahora se cuestiona, puesto que en la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para dar entrada a numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica. Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos a prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes en el ámbito de los tribunales sociales de nuestro país (Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013, y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012). También se ha tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (conclusiones de la Abogado General presentadas el 26 de septiembre de 2013, sobre permiso de maternidad de una madre subrogada o de alquiler).

En cuarto lugar, el orden público se vuelve a poner en evidencia en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos.

Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas, y es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta:

- a) no se indica como queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial

regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo;

b) tampoco se colige de que forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia;

c) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios, y

d) es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada "que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño" y que "la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países" (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras).

Sin duda, la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso.

#### 6.3.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En este capítulo se va a recopilar y analizar la jurisprudencia más relevante del TC sobre el estatuto jurídico del embrión, sobre los distintos niveles de protección del embrión y sobre sus consecuencias jurisprudenciales. Por tanto, es conveniente desgranar las partes más significantes de las sentencias así como un

resumen de las mismas al final de este capítulo.

El TC en el año 1985 se pronunció con la STC 53/1985. Ésta sería como el punto de partida para las STC 212/1996, de 19 de diciembre, y la STC 116/1999 de 17 de junio, que consideran al embrión *in vitro* como un bien constitucionalmente protegido pues incorpora un germen de vida humana.

En la STC 212/1996 se recoge el Voto Particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López quien en el punto 6 dijo:

[...] Esta consecuencia no puede quedar justificada por una argumentación que distinga lo viable como capaz de vivir de lo no viable como incapaz de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, porque ser humano es ya mientras no haya muerto. Aquella argumentación se opone, pues, a la lógica porque el embrión que pueda calificarse como no viable es porque todavía está vivo, cualesquiera sean los pronósticos que acerca de sus posibilidades de desarrollo puedan hacerse. Si está vivo debe ser protegido y los preceptos legales que permitan una interpretación y aplicación contraria, apartándose de la citada doctrina de este Tribunal sobre la materia, vulneran el art. 15 CE.

Como antes digo, la ley impugnada ni siquiera ha observado en su integridad las citadas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En éstas, tras una clara referencia al hecho de que la vida humana se desarrolla de manera continua desde la fecundación y no se puede hacer distinción en el curso de las primeras fases (embrionarias) de su desenvolvimiento, se señalaba la urgencia de determinar el grado de su protección jurídica; así como que el embrión y el feto humanos deberán ser tratados con el respeto de la dignidad humana, inherente a toda vida, agregándose la conveniencia de definir la protección jurídica a dispensar al embrión humano desde la fecundación del óvulo. A partir de lo cual en las recomendaciones concretas se halla presente la idea de diferenciar con claridad los embriones vivos de los que no lo están.

En la STC 116/1999<sup>1</sup> se dice en los antecedentes del hecho, en el punto 2. B.:

---

<sup>1</sup> Véase ARRUEGO RODRÍGUEZ, G. / CHUECA RODRÍGUEZ, R. L., "Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina: reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/ 1999, de 17 de junio", en *Revista de derecho y*

Como segundo motivo de inconstitucionalidad, los recurrentes denuncian la vulneración del art. 15 de la Constitución. Tras una amplia referencia al informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana, así como a la exposición de motivos de la Proposición de Ley que dio origen al texto recurrido, consideran los recurrentes que el texto articulado finalmente aprobado no define con precisión el status jurídico de los embriones, lo que supondría incumplir el deber constitucionalmente impuesto a los poderes públicos, y en particular al legislador, de "establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales" (STC 53/1985). Al omitir una regulación positiva del estatuto del embrión, y subordinar la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo decidido por médicos u órganos administrativos -como más adelante anuncian los recurrentes que argumentarán-, la Ley le estaría negando la protección constitucionalmente obligada durante toda la gestación.

Realizan a continuación los recurrentes un extenso análisis sobre la completa ausencia de rigor científico en que incurrirían tanto el informe de la Comisión especial como la exposición de motivos de la Ley, al dar por supuesta la inexistencia de vida humana individualizada hasta el día decimocuarto posterior a la fecundación -para distinguir así entre embriones y preembriones, con criterio constitucionalmente inadmisibles a juicio de los recurrentes-, que contrastaría además con varias de las máximas sentadas en la STC 53/1985, así como con la jurisprudencia que considera delito de aborto

---

*genoma humana*, nº 12, 2000, pp. 91-112 ; CÁMARA AGUILA, M. del P., "Sobre la constitucionalidad de la Ley Técnica de Reproducción asistida: (Comentario a la SRC 116/1999, de 17 de junio)", en *Derecho privado y Constitución*, nº 13, 1999, pp. 117- 148; CHOFRE SIRVENT, J. F., "Familia y Constitución: un desafío permanente (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)", en A.A.V.V., *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Universidad de Alicante, Alicante, Vol. 2, 2000, pp. 813-816 y REQUERO IBÁÑEZ, J. L., "Derecho a la vida y vida preembrionaria": STC 116/1999, de junio", en *Persona y derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 213-228.



a los atentados contra el "fruto de la concepción", de modo que "las disposiciones de la Ley que autorizan o imponen la manipulación de embriones o su destrucción son contrarios al Código Penal y en consecuencia nulas de pleno derecho por violación de una norma de rango superior como es el Código Penal, que tiene rango de Ley Orgánica, aparte de su oposición citada con la Constitución". Todo ello conduciría además a la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley por contravenir, además del derecho fundamental contenido en el art. 15, "la reserva de Ley Orgánica en materia penal establecida en el art. 81 de la Constitución y por atentar al principio de seguridad jurídica [...] en cuanto pretende amparar conductas delictivas sin previamente modificar el Código Penal [...]". Tales tachas vendrían reforzadas, a juicio de los recurrentes y por imperativo del art. 10.2 C.E., por la protección internacional del derecho a la vida de todo individuo (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que debe interpretarse, a juicio de los recurrentes, como el derecho a la vida del fruto de la concepción en sus diversas fases.

La lectura de ambas sentencias suscitan un interesante interrogante. Éste se plantea, en concreto, por el hecho de que tanto en uno como en otro de estos dos pronunciamientos, pero especialmente en el segundo de ellos, el TC concedió importancia al argumento de que en todo caso se estaba tratando de embriones "no viables" –ésta sería la base para rechazar las impugnaciones de ciertos preceptos de las dos leyes objeto de recurso–. Se les consideraba a estos embriones "no viables" como incapaces de convertirse en seres humanos en el futuro. Por tanto, mediante esta terminología jurídica, resultaban carentes de la consideración de ser un bien constitucionalmente protegido que, por otra parte, sí que se otorga a los viables, de la misma manera que se hace con los fetos.

Con la STC 116/1999 se resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra la LTRA que, en su momento, presentaron 63 diputados del grupo parlamentario popular. La Ley objeto del recurso es de finales de 1988 y el recurso de principios de 1989. La complejidad de la situación hizo que el TC tardase diez años y medio en resolver este recurso. Los motivos en los que se basaba el recurso fueron fundamentalmente tres:

Que la regulación de esta materia afectaba a la dignidad humana y a los derechos fundamentales y, en consecuencia, requería hacerse mediante ley orgánica y no mediante ley ordinaria, como se había hecho.

Que no se otorgaba al embrión humano la protección que se deriva del art. 15 de la Constitución Española (CE).

Que esta ley creaba unas relaciones paterno-filiales contrarias al concepto constitucional de familia.

La Sentencia resuelve los motivos alegados de la siguiente manera:

1º. No hay razón para regular mediante ley orgánica esta materia porque no entra dentro de las materias establecidas por el art. 81 CE

2º. La protección que se otorga a los embriones en esta ley se compadece con la exigida por la Constitución;

3ª. La regulación que la LTRA establece de las relaciones de paternidad y filiación generadas como consecuencia del recurso a las técnicas de reproducción asistida no atenta contra el concepto constitucional de familia.

La STC 116/1999, al confirmar la constitucionalidad de la LTRA, desvirtúa el estatuto jurídico de los embriones y fetos humanos establecidos en la STC 53/1985, a pesar de que esta sentencia sea invocada para justificar el fallo. No se pretende ahora criticar las insuficiencias del estatuto jurídico del embrión fijado en la STC 53/1985,<sup>2</sup> únicamente hay que limitarse a decir que el TC no es fiel a su propia jurisprudencia en esta materia.

---

<sup>2</sup> Sobre esta sentencia, véase DÍAZ PINTOS, G., "La concepción "totémica" del "nasciturus"...", pp. 185-212; LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Evolución legislativa posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto...", pp. 79-90; LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Evolución legislativa posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional...", pp. 31-37; LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "La estimación jurídica en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto...", pp. 38-48 y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., "STC 53/1985, de 11 de abril: Interrupción voluntaria del embarazo...", pp. 65-72.

La LTRA regula tres tipos de situaciones distintas en relación a los usos con los embriones:

- la creación y uso de embriones para la reproducción;
- la congelación de los embriones sobrantes de una fecundación *in vitro*;
- y el uso de embriones para la investigación y experimentación.

Por las razones que se darán, y que discrepan de la sentencia, se entiende que la LTRA no cumple en esos casos la exigencia constitucional del art. 15 de la CE, pues allí se dicta proteger la vida humana desde la misma concepción, tal como sí interpretó la STC 53/1985.

La STC 53/1985 dicta que el Estado tiene la obligación de abstenerse de interrumpir el proceso natural de la gestación. Así, en su fundamento jurídico 7 dice que el Estado debe:

[...] de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente.

Por esto, no se debería permitir la transferencia a la mujer de un número tal de embriones que pueda exigir a continuación una reducción embrionaria. Hay que tener en cuenta, a pesar de la gravedad, que una de las situaciones que podría entenderse es que algunos de los embriones transferidos no prosperasen de manera espontánea. Otra cosa muy diferente es que se transfiera tal número de embriones a la mujer de los cuales, muy probablemente, muchos tengan que ser, necesariamente, abortados.

Por otra parte, el crear más embriones de los que puedan ser imprescindibles en cada ciclo, aunque posteriormente puedan ser congelados, supone una instrumentalización de la vida humana, algo que choca con la tutela constitucional. El I Informe anual de la CNRAH, de diciembre de 1998, ya llamó la atención sobre el problema de los más de más de 25.000 embriones congelados

que existían por aquel entonces en España. Este hecho se agrava si se tiene en cuenta que el 15% de los embriones congelados lleva ya más de cinco años en ese estado. Que, hay que recordar, que es el tiempo máximo establecido por la LTRA. Al respecto de esto, el catedrático de derecho de la Universitat de València Jesús Ballesteros apunta que:

Esos embriones, sobre todo los que llevan más de cinco años esperando, tienen un destino muy oscuro: o se descongelan y mueren o se utilizan en la investigación. ¿No piensa que, antes que dejarlos morir sin más se podrían emplear y obtener de ellos, al menos, un provecho? J[esús] B[allesteros] La cuestión está viciada en el origen. Nunca se debió aprobar una ley que dejara sin resolver un problema tan grave como el de qué hacer con los embriones después de ese tiempo de espera. Más aún, se podría haber hecho una regulación que evitara el problema de raíz, disponiendo que sólo se fecundaran tantos embriones como fueran a ser transplantados a la mujer. Así se evitaría la creación y congelación de embriones sobrante. El problema es que nuestra actual regulación parte de la idea de que el hijo es un derecho y no un don y que, en consecuencia, el embrión *in vitro* puede ser tratado como una propiedad. En todo caso, centrándonos en el trágico problema de los embriones congelados [...] mi opinión es que los embriones no deben ser utilizados porque, a la indignidad de haber sido anteriormente congelados, se añadiría ahora la de su uso como material de investigación. Si la alternativa con estos embriones que llevan, ya más de cinco años en ese estado, se plantea entre investigación o descongelación sin más, lo menos malo que podemos hacer es descongelarlos y, como se suele decir, dejarlos morir en paz.<sup>3</sup>

Jesús Ballesteros continúa exponiendo que además "la ciencia ha hecho tales progresos en el campo de las células madre que se puede afirmar que tales tejidos procedentes de adultos cuya obtención no plantea problemas éticos están acreditando igual, o incluso, mayor potencial terapéutico que las procedentes de

---

<sup>3</sup> [Conversaciones con Jesús Ballesteros, por Vicente Bellver]: "Biotecnología y ética. La vida del embrión es cuestión de derechos humanos", en <http://www.nuevarevista.net/articulos/biotecnologia-y-etica-la-vida-del-embrión-es-una-cuestión-de-derechos-humanos>, visitada el 10/10/2014.

embriones". Termina concluyendo el citado catedrático que "en consecuencia, crear embriones, o simplemente utilizarlos, para obtener células madres, no sólo es inmoral sino también innecesario".<sup>4</sup>

El debate acerca de la constitucionalidad de una ley no puede dejar de lado la realidad social, especialmente, en unas circunstancias como las presentes, en la ley, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, lleva aplicándose desde hace más de diez años. Lo que establece la LTRA sobre el número de óvulos que deben ser fecundados –indeterminado– y transferidos a la mujer –el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo según el art. 4 LTRA– ha disparado la cifra de embriones que se encuentran congelados y también la práctica de reducciones embrionarias. Los resultados producidos por esta ley desde su entrada en vigor confirman, según Vicente Bellver, lo que se desprendía de su tenor literal: "que el embrión humano queda completamente desvalorizado y reducido a la condición de material reproductivo".<sup>5</sup>

El I Informe anual de la CNRAH de 1998, ya señaló que las prácticas empleadas por aquel entonces no eran las adecuadas para resolver los problemas de la congelación de embriones y de su destino final. El TC con la STC 116/1999, sin atender el problema de los muchos embriones sobrantes tras el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, se limita a decir en su fundamentación jurídica 11 que:

[...] la crioconservación no sólo no resulta atentatoria contra la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estadio actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias.

---

<sup>4</sup> [Conversaciones con Jesús Ballesteros, por Vicente Bellver]: "Biotecnología y ética. La vida del embrión es cuestión de derechos humanos", en <http://www.nuevarevista.net/articulos/biotecnologia-y-etica-la-vida-del-embrión-es-una-cuestión-de-derechos-humanos>, visitada el 10/10/2014.

<sup>5</sup> [Conversaciones con Jesús Ballesteros, por Vicente Bellver]: "Biotecnología y ética. La vida del embrión es cuestión de derechos humanos", en <http://www.nuevarevista.net/articulos/biotecnologia-y-etica-la-vida-del-embrión-es-una-cuestión-de-derechos-humanos>, visitada el 10/10/2014.

Es evidente que entre destruir los embriones sobrantes de una FIV y congelarlos, la segunda opción es, sin duda, menos contraria a la dignidad humana. Sin embargo, la solución no es esa, aunque en esa decisión haya un consenso generalizado. El problema deviene en la realizada de que existan bancos de embriones en donde éstos estén congelados y cuyo fin, a corto plazo, se convierta en una incógnita, que llegue el momento en el que no se sepa qué hacer con estos embriones. Esto está sucediendo. El TC debería haber indicado que no es coherente con la CE una ley que permita la proliferación indiscriminada de embriones congelados.

Las propuestas de la CNRAH en su I Informe de 1998 se orientaron, precisamente, a lograr una regulación para que las técnicas tratasen de forma más respetuosa a los embriones. Una de las principales ideas –que aparece en el punto 3.5. Conclusiones y recomendaciones; b) criterios generales; 1º– a las que llegó la comisión para reducir el problema fue el responsabilizar a los miembros de 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". En relación con esto, y también en el apartado 3.5 de su informe de 1998, la CNRAH estableció:

–Es preciso recoger el acuerdo inicial de los padres respecto a un árbol de decisiones sucesivas. Ese acuerdo debe plasmarse en la firma de los formularios de consentimiento informado correspondientes.

–En tales formularios, el conjunto de decisiones debe especificarse con anterioridad al inicio del tratamiento del procedimiento de fecundación in vitro. Igualmente, deben especificarse en el mismo las consecuencias de la desvinculación de los padres respecto a sus decisiones previas en las diversas fases del tratamiento, y de los posibles desacuerdos sobrevenidos entre ellos.

–Aunque los consentimientos formulados a las decisiones sucesivas son revocables siempre de común acuerdo y en cualquier fase del tratamiento, la Comisión considera la utilidad de los mismos para resolver situaciones de desacuerdo o fallecimiento, así como su valor en la relación entre los pacientes y los equipos que lleven a cabo los tratamientos en cada caso.

Como ha apuntado Bellver, esta es una fórmula que se compeadece particularmente bien con la CE ya que no sólo cumple con las exigencias de

protección a la vida humana derivadas del artículo 15 sino también con las contenidas en el artículo 39 sobre la protección a la familia que dice en sus cuatro puntos:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.<sup>6</sup>

Si bien es cierto que no resulta sencillo determinar el concepto constitucional de familia, sí es posible señalar como signo definitorio de la misma la existencia de relaciones paterno-filiales. Sin embargo, hay que recordar que esas relaciones paterno-filiales conllevan unas obligaciones de los padres para con los hijos que no surgen en el momento que nacen los descendientes, sino que se fraguan desde la fecundación. En este sentido, no parece corresponder al TC hacer de legislador al indicar un modo concreto de protección de la vida de los embriones. Sí que debe limitarse en señalar y establecer cuál es el marco jurídica que se debe respetar.

Otro artículo cuestionado en el recurso fue el 2.4 de la Ley 55/1988 que tiene relación directa con el problema de la congelación de embriones. En el citado artículo se dice que "La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su

---

<sup>6</sup> [Conversaciones con Jesús Ballesteros, por Vicente Bellver]: "Biotecnología y ética. La vida del embrión es cuestión de derechos humanos", en <http://www.nuevarevista.net/articulos/biotecnologia-y-etica-la-vida-del-embrión-es-una-cuestión-de-derechos-humanos>, visitada el 10/10/2014

petición".<sup>7</sup> La STC 116/1999 en su fundamento jurídico 10 afirma que no nos encontramos en este caso ante "una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues, concluida la práctica de tales técnicas de reproducción asistida, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación". La sentencia termina exponiendo que como "conclusión que se ve reforzada por la propia realidad biológica de los materiales reproductivos a que se refiere la Ley 35/1988, cuando menos hasta el momento de su transferencia al seno materno".

Ante esto, algunos autores, como Vicente Bellver Capella se han planteado la pregunta: ¿Quiere esto decir que una vez se ha hecho la FIV la mujer tiene la obligación de recibir el óvulo transferido, aunque entre la fecundación y la transferencia haya cambiado de opinión?<sup>8</sup>

Es contrario a la libertad de la mujer forzarle a asumir una gestación que ella ya no desea. Sin embargo, también parece que dejar el destino del embrión desde la fecundación hasta la transferencia exclusivamente en manos de la mujer da lugar a su completa desprotección. Ninguna de las dos soluciones aparenta tener cabida en la CE. Posiblemente, el único modo de solucionar este problema parece ser el elaborar un protocolo de consentimiento informado con la intención de obtener el compromiso de la mujer. Según éste, una vez las técnicas de la FIV han generado embriones, el cuidado y destino de los mismos están bajo la responsabilidad de la mujer.

Por otra parte, quizás el otorgar la exclusividad de las decisiones sobre la vida de los embriones no parece estar conforme con el artículo 39 de la CE, pues

---

<sup>7</sup> Al respecto, se ha dicho que "a nuestro juicio, cualquier momento de su realización finaliza con la inseminación o implantación de los gametos o los embriones, pues extender la realización al embarazo daría lugar a abortos encubiertos, por lo que la suspensión tiene que producirse en un momento anterior". En este sentido, véase DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup> D. / SERRANO GIL, A. / FUERTES ROCAÑÍN, J. C. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, P., *Introducción a la medicina legal*, Díaz de Santos, España, 2007, p. 37.

<sup>8</sup> BELLVER CAPELLA, V., "El embrión humano y las técnicas de reproducción asistida", en Nueva Revista de Política, Cultura y Arte, marzo del 2000, en <http://www.nuevarevista.net/articulos/el-embrión-humano-y-las-tecnicas-de-reproduccion-asistida>, visitada el 15/10/2014.



allí se hace referencia a las obligaciones de los padres para con los hijos, como así versa el artículo 39 en su punto 3, citado más arriba.

Por ello, en ese protocolo de consentimiento habría que incluir también la decisión del varón. De esta manera, sería la pareja la que tendría la libertad para rechazar las TRA hasta el momento en que se fecundara con éxito el óvulo y apareciese un embrión. A partir de ese momento, tendría la obligación de cuidar de la vida del o de los embriones obtenidos *in vitro*. Esta decisión, sin duda, subraya el carácter fundamental de la relación del ser humano con sus progenitores desde el mismo momento de la concepción. Además, se está considerando al embrión humano como ser cualitativamente distinto y superior al material reproductor. Esta medida contribuiría a reducir el número de embriones congelados con un futuro incierto.

La STC 116/1999 constituía una magnífica ocasión para que el TC hubiese definido y determinado con claridad la protección constitucional que tenía que tener el embrión humano. Sin embargo, se limitó a decir que la protección otorgada por la LTRA es conforme a la CE. Por otro lado, es cuestión de tiempo que a tenor de las posibilidades terapéuticas que se están descubriendo con la manipulación de embriones, se vuelvan a generar nuevos conflictos sobre la tutela de los mismos. La STC 116/1999 era el momento para que el TC hubiera argumentado sobre la constitucionalidad o no de la distinción que hace la LTRA entre preembrión no viable, preembrión viable y embrión viable, a efectos de su protección jurídica. De acuerdo con la CE, esa distinción ha generado una serie de dudas y preguntas por responder. En este sentido, se sigue a Bellver Capella y sus reflexiones sobre el problema planteado.<sup>9</sup>

La primera de las reflexiones surge de la consideración de que a los preembriones no viables se les otorga el mismo valor que si estuviesen muertos. El hecho de que vivan, aunque estén destinados a una muerte temprana, se considera del todo irrelevante. Al hilo de esto, la STC 116/1999 recoge en su artículo 16.3. la calificación de estos embriones como "material embriológico a utilizar". En la sentencia se lee:

[...] cualquier proyecto de experimentación en preembriones no viables in

---

9 BELLVER CAPELLA, V., "El embrión humano y las técnicas de reproducción asistida"...

vitro" exige, como requisitos adicionales a los antes mencionados (contenidos en el apartado 2 del precepto legal examinado), el de aportar y acreditar la documentación acerca del material embriológico a utilizar, su procedencia, objetivos perseguidos y plazos de realización, como factores o elementos de un proyecto de experimentación que debe ser debidamente autorizado y cuyo resultado final debe trasladarse al órgano o entidad autorizante.

Esto, evidentemente, genera un posicionamiento jurídico incoherente por parte del TC. Por un lado, mantiene que la vida humana requiere la tutela del derecho desde la concepción. Sin embargo, y paradójicamente, por otro, admite que los embriones no viables son considerados como un material de uso.

Ahora, y continuando con las reflexiones de Bellver Capella, es necesario plantearse: ¿Qué entiende el TC que tutela la CE: la vida humana o la vida humana viable?

A pesar de las referencias a la STC 53/1985 en la STC 116/1999, el TC acaba contradiciéndose y afirmando que sólo la vida humana viable es merecedora de protección jurídica. Ante este posicionamiento algo desconcertante, nuevamente, surgirían otras preguntas como las planteadas por Bellver Capella:

¿Por qué exigir la viabilidad para proteger al embrión y no también otras cualidades?

¿Con arreglo a qué criterio establece el TC que la viabilidad es una condición necesaria para tutelar la vida humana?

En ningún fundamento jurídico de la sentencia se justifica la inclusión de ese criterio. Según establece el artículo 17.2 de la ley 35/88 sobre TRA "pueden utilizarse los preembriones no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos". La consecuencia de esto, es que el TC no ve contrario a la CE que los preembriones puedan ser usados con estos fines.

Por tanto, los embriones no viables pueden ser bien destruidos con antelación a la experimentación o morir como consecuencia de ella. De este modo, el que el futuro de estos embriones sea una muerte segura y temprana –cosa que, por lo demás, no siempre sería fácil de determinar–, no excusa el respeto constitucional a los mismos hasta que mueran de forma natural. Bellver Capella lleva a una conclusión tras analizar las preguntas planteadas anteriormente y

entiende que: "hubiera sido preferible la supresión de cualquier referencia a la viabilidad de los preembriones, embriones, o fetos, haciendo distinción únicamente entre los conceptos de vivo y muerto".<sup>10</sup>

Una segunda reflexión versa sobre el hecho de que los preembriones viables no pueden ser objeto de experimentación. Sin embargo, sí de donación a los bancos autorizados. En este sentido, el preembrión viable es equiparado a los gametos, al plasma sanguíneo, o a un órgano corporal, ¿por qué? Por otra parte, la LTRA dispone que, después de dos años congelados, los embriones pasan a disposición de los bancos. Tras esto, Bellver Capella, a quien se sigue, se plantea la siguiente pregunta:

¿No parece más conforme con la CE que, antes de la fecundación *in vitro*, se informe a la pareja que pretenda beneficiarse de la misma de la responsabilidad que contraen con los embriones que se generen por el uso de la técnica, en lugar de disolver legalmente esa responsabilidad por el mero paso del tiempo?

Estas cuestiones planteadas son respondidas en la STC 116/1999 en su fundamento jurídico 11 con el siguiente argumento:

Cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son a estos efectos persona humana, por lo que del hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE), tal como, sin embargo, sostienen los recurrentes.

Aquí, el TC vuelve a contradecirse. Por un lado, reconoce con carácter general que, aunque el embrión no sea persona humana, es vida humana y, por tanto, algo sustancialmente distinto de los gametos, que goza de una particular protección constitucional y que no se puede patrimonializar. Y, sin embargo, en el extracto de la sentencia, prácticamente equipara el preembrión a los gametos. Acepta, en este aspecto, la equiparación que hace la LTRA entre gametos y preembriones en su artículo 5 que versaba sobre "La donación de gametos y

---

<sup>10</sup> BELLVER CAPELLA, V., "El embrión humano y las técnicas de reproducción asistida"...

preembriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado".

Un preembrión es una entidad que, con alimento y un ambiente adecuado, deviene por sí mismo en un ser humano. Aunque se niegue su carácter personal, como hace la STC 53/1985, no se puede negar que exista una diferencia sustancial entre éste y los gametos. El considerar a los preembriones, con carácter general, como objeto de donación es un atentado contra la dignidad humana que les tiene que corresponder.

Otra de las reflexiones se genera en torno al hecho de que los preembriones viables se pueden congelar durante cinco años para acabar siendo –porque la LTRA no dispone nada al respecto– finalmente destruidos o utilizados en la investigación. En principio, los preembriones viables son objeto de protección. Sin embargo, la conjunción de dos circunstancias hace que protección otorgada desaparezca. Esta pérdida de protección para con los embriones se da con la conjunción, según Bellver Capella, de las facilidades que da la LTRA para que aparezcan preembriones sobrantes y la incertidumbre que crea la misma ley al no determinar el destino de los preembriones congelados tras rebasar el límite máximo de los 5 años.<sup>11</sup>

Expuesto esto, hay que hacerse de nuevo otra pregunta: ¿No debería haberlo tenido presente la sentencia del TC que el uso de las técnicas de reproducción asistida no debieran generar embriones sobrantes?

La cuarta reflexión planteada por Bellver Capella viene cuando a un preembrión viable se le diagnostica una enfermedad hereditaria. La ley 35/88 en su artículo 12.1 dice que "Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear". Pero entonces, ¿Cuál será su destino? La congelación no, obviamente, porque está desaconsejada su transferencia. ¿Será la investigación? ¿Su destrucción?

La ley no dice nada al respecto y el TC debería haber exigido que se despejara ese dilema. Por otro lado, el desaconsejar la transferencia cuando el

---

<sup>11</sup> BELLVER CAPELLA, V., "El embrión humano y las técnicas de reproducción asistida"...

embrión sufra una enfermedad hereditaria no tratable parece una intromisión en la libertad de los usuarios de las técnicas. Además, supone una desconsideración hacia la vida humana que se encuentra afectada por una patología determinada. La LTRA debería exigir que se informara de esta circunstancia para que fueran los padres quienes decidieran, sin tener presiones o condicionamientos externos que pudiesen influir en sus decisiones. Las cuestiones y reflexiones que se han planteado provienen de la falta de voluntad que ha tenido el TC para llevar hasta las últimas consecuencias los criterios que estableció anteriormente en la STC 53/1985.

Por un lado, el tribunal no renuncia a sostener la doctrina que asentó en aquella sentencia, según la cual el art. 15 CE exige el proteger la vida humana desde la misma concepción—dice el artículo que: "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"—, aunque el *nasciturus* no sea titular del derecho a la vida por no ser persona.

Al mismo tiempo, sin embargo, el TC admite que la LTRA sobreponga la voluntad de la pareja, y aun de la mujer sola, a reproducirse olvidándose de la dignidad del preembrión. Su dignidad proviene de ser vida humana. Por tanto, es un bien jurídico protegido, como el mismo TC dicta. Así se razona en los fundamentos jurídicos punto 5 de la STC 212/1996, de 19 de diciembre y, sobre todo, en la STC 116/1999, de 17 de junio, Fundamento jurídico punto 9. Es aquí cuando se precisa el hecho de que la ley sólo permita la experimentación e investigación con embriones no viables:

Es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE por cuanto descartada, -incluso por los recurrentes- que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto pre embriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996.

En este sentido, el profesor González Morán se pregunta: "si están vivos, es decir, si en el momento determinado en que son objeto de estudio o examen

encarnan un valor fundamental la vida humana existente desde el momento de la gestación ¿qué autoriza a tratarlos como si ya estuvieran muertos?" Continúa, además, añadiendo que: "en las exigencias constitucionales contenidas en defensa de la vida en el artículo 15 de la Constitución española según la interpretación de la STC 53/1985 no existe argumento alguno que autorice a establecer niveles de protección en la vida del concebido no nacido".<sup>12</sup>

Asimismo, González Moran opinó también que esta jurisprudencia podría como mínimo generar dificultades de cara a la justificación de ulteriores reformas legales que pudieran llegar a autorizar la investigación sobre embriones viables.<sup>13</sup> De hecho, estas reformas ya se han dado con la nueva Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre TRA. La citada ley en su artículo 15 titulado "Utilización de preembriones con fines de investigación" ya elimina la anterior diferenciación entre embriones viables y no viables a efectos de investigar sobre ellos.

Como ha señalado el profesor Albadalejo García, nada en los pronunciamientos del tribunal impide llevar a cabo una ponderación de los intereses en juego que conduzcan a justificar el sacrificio de tales embriones en aras de permitir avances en la investigación para el tratamiento de graves enfermedades que merman de manera muy seria la salud de millones de personas. Sobre todo teniendo en cuenta que el propio tribunal vino a realizar una ponderación similar al dar por bueno que la aplicación de técnicas de reproducción asistida generase embriones sobrantes (también viables) que finalmente no serán implantados -y cuyo destino se admite implícitamente que terminaría siendo la destrucción:<sup>14</sup> en su Fundamento jurídico 11, la STC 116/1999 considera "inevitable" la generación de embriones supernumerarios-, sacrificio éste que -de nuevo implícitamente- se considera admisible ante el interés en

---

<sup>12</sup> GONZÁLEZ MORÁN, L., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II)" en *Derecho y Genoma Humano* nº 10, 1999, p. 177.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ MORÁN, L., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996...", p. 177.

<sup>14</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. / OCHOA MARIETA, C. / MONGE VALMASEDA, O. (dir.), *Comentarios Científicos Jurídicos a la Ley de Técnicas de Reproducción*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 245.

remediar el problema de la esterilidad humana.

#### **6.3.2.1. STC 212/1996**

La STC 212/1996 se citará, constantemente, a lo largo de la presente investigación. Por este motivo, se ha considerado oportuno hacer un breve resumen de la sentencia en este apartado.

La cabecera de la sentencia dicta: Donación nasciturus. Donación de órganos menor de edad. Consideración jurídica del embrión. Derecho a la vida feto. Sentencia 212/1996. Régimen legal extracción trasplante órganos. Proyecto de ley de aborto. Manipulación genética embrión. Feto y nasciturus. Fetos y embriones. Ley de extracción y trasplante de órganos. Menores de edad trasplante de órganos

La sentencia viene motivada por el recurso de inconstitucionalidad 596/1989. Este recurso fue promovido por Trillo-Figueroa, comisionado por 68 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en su totalidad y subsidiariamente contra los arts. 1, 2, 3, apartados 2 y 3; 5, apartados 1 y 3, y 7, 8, 9 y Disposición adicional primera, apartados d) y e), por contradecir los artículos 9, 10, 15, 25, 53 y 81 de la CE.

La sentencia fue publicada el 22 de enero de 1997 por el TC siendo el ponente Pedro Cruz Villalón.

Los recurrentes basaban su impugnación en las siguientes alegaciones –que se presentan de forma resumida, constituyen, por tanto, un extracto de las de la sentencia–:

A) En primer lugar, se sostiene que la Ley 42/1988 quebranta la protección constitucionalmente exigible de la vida humana. La Ley impugnada se refiere a embriones y fetos humanos, considerados desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante, remitiéndose a la Ley de técnicas de reproducción asistida para todo lo referido a la donación y utilización de embriones humanos antes del día decimocuarto que sigue al de su concepción. Pues bien, a pesar de estas referencias, contenidas en la Exposición de Motivos y en una disposición final, en el texto articulado de la

Ley no se define con claridad qué se entiende por embrión y feto, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica en temas de tan alta trascendencia.

Tal como declaró la STC 53/1985, fundamento jurídico 5., la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación. Con ella se genera un *tertium* existencialmente distinto a la madre. La vida del *nasciturus*, en cuanto encarna un valor fundamental, el de la vida humana garantizada en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra su fundamento constitucional en dicho precepto. Por ello, en esta Ley se regulan algunas de las consecuencias del art. 15 CE, es decir, se está definiendo el status de la vida humana en sus primeros meses de desarrollo. En este sentido, la Ley en su conjunto –y específicamente alguno de los preceptos que luego se enunciarán–, deviene inconstitucional por no respetar el contenido esencial del derecho a que hace referencia el art. 15 CE.

Ello, en primer lugar, porque hace susceptibles a los embriones y fetos humanos del contrato de donación. En segundo lugar, la Ley posibilita autorizar actuaciones sobre embriones o fetos cuando estén aún vivos, y con fines no terapéuticos, lo que puede conducir a su muerte, no respetando, por tanto, el tratamiento jurídico a que constitucionalmente es acreedora la vida humana.

B) Asimismo vulnera la Ley impugnada la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81 CE, en cuanto afecta al ámbito de protección de lo dispuesto en el art. 15 CE. Por Ley ordinaria se está integrando el estatuto jurídico de la vida humana en su fase de embrión y feto, sin modificar paralelamente el Código Penal –y téngase en cuenta que alguna de las conductas que se prevén como autorizables en la Ley son delitos tipificados en el Título VIII del Código Penal–. La Ley igualmente vulnera la Constitución al no establecer la necesaria regulación penal. Las garantías consagradas en el art. 25 CE, además, no sólo requerirían la salvaguardia de la Ley formal, sino, por imperativo del art. 81, de Ley Orgánica. Asimismo, el Capítulo cuarto de la Ley 42/1988, dedicado al Derecho sancionador en la materia, realiza la tipificación de las faltas y sanciones por remisión a otra Ley, la General de Sanidad, "con las adaptaciones que requiera la materia".



C) Más concretamente, el recurso tacha de inconstitucionales los siguientes preceptos específicos:

1. Art. 1, que vulnera el principio de seguridad en cuanto establece que "sólo podrá autorizarse en los términos que establece la presente Ley" la donación y utilización de embriones y fetos humanos, lo que parece excluir de su ámbito utilizations no autorizadas. En contraste con este precepto, el art. 1 de la Ley 30/1979 requiere que las prácticas allí reguladas sólo podrán realizarse con arreglo a lo dispuesto por la propia Ley. En consecuencia, el art. 1 supone un atentado al principio de seguridad jurídica y a la reserva de Ley, incluso de Ley Orgánica. Igualmente, resulta inconstitucional por contemplar la donación de embriones y fetos, lo que supone una patrimonialización de la vida humana, actividad opuesta al principio de dignidad de la persona recogido en el artículo 10 de la CE.

2. Por el mismo motivo últimamente apuntado se señala la inconstitucionalidad del art. 2, en todos sus párrafos, en cuanto reiteradamente se refiere a la donación de embriones y fetos.

3. El art. 3, apartados 2 y 3, es igualmente contrario a la seguridad jurídica, por consagrar como práctica permitida una categoría, la interrupción del embarazo, que no tiene significado jurídico más que en el ámbito penal, como conducta delictiva. Igualmente resulta inconstitucional el apartado 2, en cuanto, de nuevo, utiliza la expresión donación para referirla a embriones y fetos.

4. Art. 5.1, en su inciso final "de conformidad con las disposiciones normativas vigentes", referencia indeterminada que viola la reserva de Ley formal. Asimismo, de los antecedentes parlamentarios resulta que con tal inciso se quiere hacer referencia a la Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis CP, por lo que el precepto supone una deslegalización de una materia reservada a la Ley formal por afectar a derechos consagrados en el Título I de la Constitución.

5. Art. 5.3, en cuanto establece la presunción legal de no viabilidad de los embriones abortados, espontáneamente o no. Las normas jurídicas que pretendan, mediante presunción, negar el carácter de "ser

humano" al "hecho biológico humano" constatable en la realidad como tal, suponen un arcaísmo que nos devuelve a épocas primitivas del Derecho, absolutamente incompatible con el respeto a la dignidad del ser humano. Asimismo, resulta completamente arbitraria la distinción entre embriones abortados, que se presumen no viables, y fetos expulsados espontáneamente pero sí viables, a los que se refiere el apartado 4, así como embriones o fetos muertos, a los que se refiere el art. 6, en cuanto tal distinción implica para unos el derecho a la vida y para otros su supresión.

6. Art. 7, por las razones expuestas, en cuanto se refiere a la donación de embriones y fetos y no subordina las prácticas allí recogidas al derecho a la vida y al desarrollo de sus sujetos pasivos.

7. Art. 8, en cuanto la normativa que establece respecto a la tecnología genética, no garantizan el derecho a la vida del fruto de la concepción, remitiéndose como único límite a una autorización administrativa y a lo dispuesto por la propia Ley recurrida, que no garantiza, sino más bien lo contrario, la protección constitucionalmente exigible de la vida humana, en los términos del art. 14 CE.

8. Art. 9.1, en cuanto se remite, con las adaptaciones que requiere la materia, a la L.G.S., por los motivos señalados en el anterior apartado B), *in fine*. En particular, resultan de palmaria inconstitucionalidad los apartados a), b) y e) del párrafo segundo, en cuanto tipifican como meras infracciones administrativas gravísimas conductas atentatorias no sólo del valor vida humana sino del patrimonio genético humano en general. Asimismo se denuncia la inconstitucionalidad del empleo del concepto de donación para referirlo a fetos y embriones.

9. Disposición adicional primera, apartados d) y e), en cuanto de nuevo se refieren a la donación de embriones y fetos, y en cuanto remiten al Gobierno la fijación a nivel reglamentario de los criterios de viabilidad del feto, por las razones recogidas en el anterior apartado B), párrafo segundo.

Tras alegaciones de los recurrentes, el TC decidió:

1. Apreciar la desaparición sobrevenida del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en la parte que se refiere a la letra e) de la disposición adicional primera de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.
2. Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad sobre dicha Ley y, en consecuencia:
  - a) Declarar que el inciso "o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes" de su art. 5.1 sólo es constitucional interpretado en los términos contenidos en el fundamento jurídico 12.
  - b) Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "con las adaptaciones que requiera la materia" de su art. 9.1.
  - c) Desestimar el recurso en todo lo demás.

El magistrado don José Gabaldón López, discrepó, mediante Voto particular, de algunas conclusiones de la sentencia. Literalmente decía que "lamento discrepar del criterio expresado en la sentencia, por cuanto entiendo que la misma debió pronunciar la inconstitucionalidad de los preceptos o prescripciones singulares que al final señalo por opuestos al art. 15 de la CE, según la doctrina de este Tribunal formulada en la STC 53/1985. E incluso de la totalidad de la ley, en cuanto ésta no se elaboró en forma de Ley Orgánica, como en mi opinión hubiera exigido su contenido normativo". Fundamentó su disconformidad en 7 puntos.

#### **6.3.2.2. STC 116/1999**

Al igual que con la STC anterior, la STC 212/1996, aquí se hará un resumen de la STC 116/1999.

La cabecera de la sentencia dicta: "recurso de inconstitucionalidad: objeto. Objeto de la ley orgánica. Derecho a la vida. Concepto constitucional de familia. *Nasciturus* concepto jurídico. Médicos objeción de conciencia en el aborto. Stc 116/1999. Derecho a la vida feto. Concepto de familia. Inconstitucionalidad reproducción asistida. Derecho a la objeción de conciencia de médicos. *Nasciturus* feto embrión. Sentencia 116/1999. Stc 212/1996".

La sentencia viene motivada por el Recurso de inconstitucionalidad nº 376/89, promovido contra diversos preceptos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre TRA. En el recurso de amparo acumulado núm. 376/89, promovido por don Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, comisionado por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y subsidiariamente contra parte del apartado II de la exposición de motivos, los arts. 1, núms. 1 y 4; 2, núm. 4; 4; 6, núm. 1; en relación con los arts. 5, núms. 1 y 5; 7 a 10; 11, núms. 3 y 4; 12, núms. 1 y 2; 13; 14, núms. 3 y 4; 15; 16, núms. 1 y 2; 17 y 20, así como la disposición final primera, apartados a) y e), por contradecir los arts. 9, 10, 15, 39 y 81 de la Constitución.

La sentencia fue publicada el 17 de junio de 1999 por el TC siendo el ponente don Carles Viver Pi-Sunyer.

Los recurrentes basaban su impugnación en las siguientes alegaciones –que se presentan de forma resumida, constituyen, por tanto, un extracto de las de la sentencia–:

A) Como primer motivo de inconstitucionalidad, y referido a los arts. 1, núm. 1; 5, núms. 1 y 5; 6, núm. 1, y 7 a 10 de la Ley, se invoca la garantía institucional de la familia, a juicio de los recurrentes deducible de los arts. 1, 9.3, 10.1, 15, 18, 27, 32, 33.1, 35 y 39 de la Constitución.

B) Como segundo motivo de inconstitucionalidad, los recurrentes denuncian la vulneración del art. 15 de la Constitución. Tras una amplia referencia al informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, así como a la exposición de motivos de la Proposición de Ley que dio origen al texto recurrido, consideran los recurrentes que el texto articulado finalmente aprobado no define con precisión el status jurídico de los embriones, lo que supondría incumplir el deber constitucionalmente impuesto a los poderes públicos, y en particular al legislador, de "establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales" (STC 53/1985). Al omitir una regulación positiva del estatuto del embrión, y subordinar la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo

decidido por médicos u órganos administrativos –como más adelante anuncian los recurrentes que argumentarán–, la Ley le estaría negando la protección constitucionalmente obligada durante toda la gestación.

Tras argumentar jurídicamente sus alegaciones, los recurrentes tachan de inconstitucionalidad los siguientes artículos de la Ley 35/1988:

a) Art. 1, núm. 4, en cuanto prevé la autorización de la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados.

b) Art. 2, núm. 4, que permite a la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida solicitar su suspensión en cualquier momento de su realización.

c) Art. 4, por prever la transferencia al útero únicamente del número de preembriones científicamente considerado como suficiente para asegurar razonablemente el embarazo

d) Art. 5, núm. 1, que admite la donación de gametos y preembriones, lo que supondría una patrimonialización de los mismos incompatible con la dignidad humana.

e) Art. 11, núms. 3 –que permite la crioconservación por cinco años de los preembriones sobrantes de una fecundación *in vitro*– y 4 –por incluir a los preembriones, asimilándolos a los gametos, en la posibilidad de que pasen a disposición de los bancos de preembriones correspondientes–.

f) Art. 12, núms. 1 –relativo a la investigación sobre preembriones, en cuanto permite que como resultado de la misma se desaconseje su transferencia al útero– y 2 –que prohíbe toda intervención sobre los embriones vivos fuera de los casos en que, con fines diagnósticos, tenga por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo, a menos que esté legalmente amparada–.

g) Art. 13, por permitir, *a sensu contrario*, intervenciones sobre el preembrión, embrión o feto con fines distintos a los estrictamente terapéuticos.

h) Art. 14, núms. 3 –que obliga a que los gametos utilizados en investigación o experimentación no se utilicen para originar preembriones con fines de procreación– y 4 –que permite el test del hámster y la autorización de otras

fecundaciones entre hombre y animal, completamente incompatibles con la dignidad de la persona humana–.

i) Art. 15, en cuanto autoriza la investigación o experimentación, bajo determinados requisitos, sobre los preembriones vivos.

j) Art. 16, núms. 1 –que autoriza diversas hipótesis de investigación, en particular las que resulten autorizadas por la Comisión Nacional prevista en la Ley– y 2 –que prohíbe la experimentación en preembriones vivos en tanto no se pruebe científicamente la inadecuación para los mismos fines del modelo animal, y que asimismo prevé la autorización de experimentaciones sobre preembriones vivos no viables–.

k) Art. 17, sobre preembriones muertos o no viables.

l) Art. 20, por no establecer la sanción correspondiente a las infracciones que tipifica, en contra de las exigencias del principio de legalidad sancionador, además de prever como meras sanciones administrativas diversos supuestos merecedores de sanción penal, según la doctrina establecida en la STC 53/1985.

m) Disposición final primera, apartados a) –por autorizar la existencia de bancos de preembriones y de las células tejidos y órganos de embriones y fetos–, y e) –que faculta al Gobierno para establecer en plazo de seis meses los requisitos para autorizar la experimentación sobre gametos, preembriones, embriones y fetos–.

C) Como tercer y último motivo del recurso, tachan los recurrentes a la Ley de inconstitucional por infracción del art. 81.1 C.E., al carecer de carácter orgánico, y ello pese a afectar al desarrollo de derechos fundamentales de la persona (arts. 10, 15, etc., de la Constitución), invadir por medio de Ley ordinaria el ámbito de la garantía penal reservado al legislador orgánico –en cuanto al art. 20 de la Ley– y la protección integral de los hijos constitucionalmente obligada –art. 39.2 C.E.–, que incluye la posibilidad de que se investigue la paternidad.

El Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, es quien expresa el parecer del Tribunal. En donde en los fundamentos jurídicos se dice:

Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento

constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 C.E. lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional.

La investigación o experimentación sobre los gametos, o con ellos, no supone atentado alguno al derecho a la vida, en los términos establecidos por la Ley 35/1988 sobre la reproducción asistida humana. Las intervenciones sobre los pre embriones reguladas por la Ley, ya sean para investigación o para experimentación, no pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana porque sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto pre embriones no viables.

La decisión, a solicitud de la mujer receptora, de suspender las técnicas de reproducción asistida sólo puede tener lugar mientras dichas técnicas se estén llevando a efecto.

De la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de pre embriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando; lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de pre embriones sobrantes.

Así entendida, la crio conservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los pre embriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias.

Esta misma finalidad de conservación del material reproductivo es la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos, en orden a su puesta a disposición de los bancos correspondientes.

La donación de gametos y pre embriones no implica en modo alguno la patrimonialización que se pretende, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad artículo 1º .1 C.E., sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida. Los pre embriones

*in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno.

Por ello, han de considerarse como suficientes las garantías que se adoptan en la Ley 35/1988 respecto a determinadas intervenciones orientadas a fines de diagnóstico o terapéutico. Las intervenciones con finalidad diagnóstica, están reguladas válidamente, siempre que se interprete que las intervenciones del art. 12.2 de la Ley sólo aluden al aún vigente art. 417 bis del derogado código penal.

Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, e incluye relaciones sin descendencia. La fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas de la Ley.

Para seguir concluyendo que no existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un sólo texto normativo todo el Derecho de familia. No carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, establezca ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la filiación de los nacidos por fecundación artificial.

La Constitución ordena al legislador que la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor.

La Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos no es inconstitucional. La norma de remisión prevista en el art. 20.1 de la Ley enjuiciada, que declara aplicables las infracciones y sanciones de la ley General de Sanidad, vulnera el principio de legalidad penal. La habilitación que el legislador realiza en favor de la potestad reglamentaria del Gobierno, en la Disposición final primera, decayó al transcurrir el plazo de seis meses sin ejercerla.



Tras alegaciones de los recurrentes, el TC decidió:

1. Apreciar la desaparición sobrevenida del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, en el particular que se refiere a las letras a) y e) de la disposición adicional primera de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reguladora de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2. Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra dicha Ley y, en consecuencia:

a) Declarar que el inciso final de su art. 12.2 "o si está amparada legalmente", sólo es constitucional interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art. 417 bis del Código Penal, texto refundido, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

b) Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial de su art. 20.1 "con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley".

3. Desestimar el recurso en todo lo demás.

El magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que presta su adhesión el magistrado don Fernando Garrido Falla, discrepó, mediante Voto particular de la sentencia. Su desacuerdo se centraba "en la clase o tipo de ley que ha de regular, con estricto criterio constitucional, aquello que directa y esencialmente afecte a la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, con los derechos inviolables inherentes a ella. Este voto se dirige hacia ese objetivo. La Ley recurrida es, a mi entender, inconstitucional". Fundamentó su desacuerdo en 4 puntos. Del texto del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera se extraen algunas consideraciones muy relevantes: A continuación, se resumen algunas:

La dignidad de la persona es un valor jurídico fundamental.

Para la configuración jurídica de su argumentación el magistrado destaca lo siguiente:

a) Que la dignidad de la persona se encuentra en la base, en el sentido de cimiento o apoyo principal, del orden político y de la paz social que la Constitución formaliza.

b) Que la dignidad de la persona se vertebra con derechos inviolables, que, como tales, son inherentes a ella.

## 6. 4. TRIBUNAL EUROPEO: JURISPRUDENCIA

Aunque las sentencias europeas, en un primer momento, puedan parecer alejadas de los intereses de la presente investigación, no es así. Interesa, y mucho, algunas de las sentencias europeas que han sido pronunciadas por tribunales europeos y que han tratado temas como la protección del embrión, los derechos del *nasciturus* o el respeto a la vida en los primeros instantes del proceso de la gestación humana. En este sentido, al igual que se ha hecho en el capítulo anterior, se va a incluir ahora un breve resumen del Asunto C-34/10, del 18 de octubre de 2011, pues se considera fundamental para este estudio.<sup>1</sup>

### 6.4.1. ASUNTO C-34/10

La cabecera de la sentencia dicta: " Directiva 98/44/CE – Artículo 6, apartado 2, letra c) – Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas – Obtención de células progenitoras a partir de células madre embrionarias humanas – Patentabilidad – Exclusión de la "utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales" – Conceptos de "embrión humano" y de "utilización con fines industriales o comerciales".

---

<sup>1</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., "Dignidad versus patentabilidad: comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asunto Brüstle/Greenpeace", en *Diario La Ley*, nº 7766, 2011; GUILLEM-TATAY PÉREZ, D., "No es patentable una invención biotecnológica que implique la destrucción de embriones humanos. Sentido y alcance de la sentencia del TJUE en el asunto C-34/10", en *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, nº 26, 2012, pp. 44-54 y TOMÁS TOMÁS, S., "Algunas notas controvertidas a la luz de la sentencia de 18 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-34/10: consideraciones en el ordenamiento jurídico español, en especial sobre las leyes 14/2006, de Reproducción Humana Asistida y 14/2007, de Investigación Biomédica", en A.A.V.V. *Bioética, neuroética, libertad y justicia*, 2013, Fundación Étnor, Generalitat Valenciana, Universitat de València, Valencia, pp. 534-544.

El Asunto C-34/10 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea], por el Bundesgerichtshof (Alemania), mediante resolución de 17 de diciembre de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de enero de 2010, en el procedimiento entre Oliver Brüstle y Greenpeace eV.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (DO L 213, p. 13; en lo sucesivo, "Directiva"). La petición se presentó en el marco de un procedimiento de anulación, iniciado por Greenpeace eV, de la patente alemana de la que es titular el Sr. Brüstle, relativa a células progenitoras neuronales, a sus procedimientos de producción a partir de células madre embrionarias y a su utilización con fines terapéuticos.

En el marco jurídico del Asunto C-34/10 se recuerdan los acuerdos que vinculan a la Unión Europea o a los Estados Miembros, en algunos de sus puntos se establecen acuerdos que son esenciales conocer para esta investigación desde el punto de vista jurídico y que versan sobre el estatuto jurídico del embrión y su protección:

(42) Considerando, por otra parte, que la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales debe quedar también excluida de la patentabilidad, pero que esta exclusión no afecta a las invenciones técnicas que tengan un objetivo terapéutico o de diagnóstico que se aplican al embrión y que le son útiles.

Tras la exposición de motivos, la directiva establece en referencia al embrión diferentes consideraciones jurídicas. En el Artículo 6. 2, c y en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se estipulan no patentables, en particular:

Las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

El asunto también hace referencia a la Ley Alemana sobre la protección jurídica del embrión:

11 En virtud de los artículos 1, apartado 1, punto 2, y 2, apartados 1 y 2, de la ESchG [Embryonenschutzgesetz, en lo sucesivo ESchG], de 13 de diciembre de 1990, se sanciona penalmente la fecundación artificial de óvulos con un

fin distinto al de inducir el embarazo de la mujer de la que provienen, la venta de embriones humanos concebidos in vitro extraídos de una mujer antes del fin del proceso de nidación en el útero, o su cesión, adquisición o utilización con un fin distinto a su conservación, así como el desarrollo in vitro de embriones humanos con un fin distinto al de inducir un embarazo.

12 El artículo 8, apartado 1, de la ESchG, define el embrión humano como el óvulo humano fecundado y capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada "totipotencial", es decir, una célula que, reuniéndose las demás condiciones necesarias, es apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo. Procede distinguir estas células totipotenciales de las pluripotenciales, es decir, las células madre que, si bien son capaces de convertirse en cualquier tipo de célula, no pueden desarrollarse hasta formar un individuo completo.

13 Según el artículo 4 de la Ley alemana por la que se garantiza la protección de los embriones en el contexto de la importación y la utilización de células madre embrionarias humanas (Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen; BGBl. 2002 I, p. 2277), de 28 de mayo de 2002:

(1) Se prohíbe la importación y la utilización de células madre embrionarias.

(2) Sin perjuicio del apartado 1, se autorizará la importación y la utilización de células madre embrionarias con fines de investigación, en las condiciones mencionadas en el apartado 6, siempre que:

1. La autoridad encargada de expedir la autorización haya comprobado:

a) Que las células madre embrionarias se hubieren obtenido antes del 1 de mayo de 2007 de conformidad con la normativa en vigor en el Estado de origen y se mantengan en cultivo o se almacenen posteriormente mediante criopreservación (línea de células madre embrionarias).

b) Que los embriones de los que provienen se hubieren producido por vía de fecundación extracorpórea médicamente asistida al objeto de inducir un embarazo, dichos embriones ya no se utilicen definitivamente para este fin y nada indique que ello se deba a razones relacionadas con los propios embriones

c) Que no se hubiere concedido o prometido ninguna retribución u otra ventaja cuantificable como contrapartida de la cesión de embriones para la obtención de células madre.

2. Y que otras disposiciones legales, en particular las de la ESchG, no se opongán a la importación y la utilización de células madre embrionarias.

(3) La autorización se denegará cuando la obtención de células madre embrionarias se haya producido manifiestamente en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico alemán. La denegación no podrá basarse en el motivo de que las células madre proceden de embriones humanos.

14 A tenor del artículo 5, apartado 1, de la citada Ley de 28 de mayo de 2002:

Sólo podrán realizarse trabajos de investigación con células madre embrionarias cuando conste científicamente que [...] persiguen objetivos de investigación de alto nivel destinados a aumentar los conocimientos científicos en el marco de la investigación básica o los conocimientos médicos con el fin de desarrollar procedimientos de diagnóstico, preventivos o terapéuticos de uso humano [...].

En el punto 22 del "Litigio principal y cuestiones prejudiciales" se establece que: "el órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente que se determine si las células madre embrionarias humanas que sirven de materia prima para los procedimientos patentados constituyen "embriones" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva y si los organismos a partir de los cuales pueden obtenerse las células madre embrionarias humanas constituyen "embriones humanos" en el sentido de dicho artículo".

Ante estas circunstancias jurídicas, que han sido muy resumidas, el Bundesgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de

Justicia cuestiones prejudiciales. Desde el punto de vista de esta investigación serían muy relevantes las siguientes preguntas planteadas:

1) ¿Qué debe entenderse por "embriones humanos" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva [...]?

a) ¿Están comprendidos todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo o deben cumplirse requisitos adicionales, como por ejemplo alcanzar un determinado estadio de desarrollo?

2) ¿Qué debe entenderse por "utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales"? ¿Entra en ese concepto toda explotación comercial en el sentido del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, especialmente la utilización con fines de investigación científica?

3) ¿Está excluida de la patentabilidad, con arreglo al artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva [...], una información técnica también cuando la utilización de embriones humanos no constituye en sí la información técnica reivindicada con la patente, sino un requisito necesario para la aplicación de esa información:

– Porque la patente se refiere a un producto cuya elaboración exige la previa destrucción de embriones humanos,

– O porque la patente se refiere a un procedimiento para el que es necesario dicho producto como materia prima?

Sobre las cuestiones prejudiciales el tribunal procede a responder las cuestiones prejudiciales.

De la primera cuestión prejudicial se expone que: "Constituye un "embrión humano" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis". A continuación se dice que "corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye

un "embrión humano" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva".

Sobre la segunda cuestión prejudicial se expone:

39 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se determine si el concepto de "utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva también engloba la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica.

40 A este respecto, procede precisar que la Directiva no tiene por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas. Su objeto se circunscribe a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas.

41 Por lo tanto, tratándose únicamente de determinar si la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales también se refiere a la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica o si la investigación científica que implica la utilización de embriones humanos puede acceder a la protección del Derecho de patentes, es necesario observar que la concesión de una patente a una invención implica, en principio, su explotación industrial y comercial.

42 Esta interpretación queda corroborada por el considerando decimocuarto de la Directiva. Al enunciar que la patente de invención confiere a su titular "el derecho de prohibir a terceros su explotación con fines industriales y comerciales", indica que los derechos vinculados a una patente se refieren, en principio, a actos de carácter industrial y comercial.

43 Pues bien, aunque la finalidad de investigación científica debe distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constituye el objeto de la solicitud de patente, no puede separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta.

44 La precisión que aporta el considerando cuadragésimo segundo de la Directiva, de que la exclusión de la patentabilidad contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de esta misma Directiva "no afecta a las invenciones técnicas que tengan un objetivo terapéutico o de diagnóstico que se aplican al



embrión y que le son útiles" también confirma que la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica que sea objeto de una solicitud de patente no puede distinguirse de una explotación industrial y comercial y, de este modo, eludir la exclusión de patentabilidad.

45 Esta interpretación es, por lo demás, idéntica a la adoptada por la Gran Sala de Recurso de la Oficina Europea de Patentes por lo que respecta al artículo 28, letra c), del Reglamento de ejecución del CPE, que reproduce literalmente el tenor del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva (véase la resolución de 25 de noviembre de 2008, G 2/06, Diario Oficial OEB, mayo de 2009, p. 306, apartados 25 a 27).

Finalmente, sobre la segunda cuestión se expone que:

46 Procede, pues, responder a la segunda cuestión prejudicial que la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil

Sobre la tercera cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia dice que:

48 Esta cuestión se plantea con ocasión de un asunto relativo a la patentabilidad de una invención relativa a la producción de células progenitoras neuronales, que supone la utilización de células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto. Pues bien, de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se desprende que la extracción de una célula madre de un embrión humano en el estadio de blastocisto implica la destrucción de dicho embrión.

49 En consecuencia, por las mismas razones que se han indicado en los apartados 32 a 35 de la presente sentencia, una invención debe considerarse excluida de la patentabilidad, aunque las reivindicaciones de la patente no se refieran a la utilización de embriones humanos, cuando la implementación de la invención requiera la destrucción de embriones humanos. También en este caso debe considerarse que existe utilización de embriones humanos en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva. A este respecto,

es indiferente que esta destrucción se produzca, en su caso, en un estadio muy anterior a la implementación de la invención, como en el supuesto de la producción de células madre embrionarias a partir de una línea de células madre cuya mera constitución haya implicado la destrucción de embriones humanos.

50 No incluir en el ámbito de exclusión de la patentabilidad enunciada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva una información técnica reivindicada, basándose en que no menciona una utilización de embriones humanos, que implica la previa destrucción de los mismos, tendría por consecuencia privar de efecto útil a la referida disposición permitiendo al solicitante de una patente eludir su aplicación mediante una redacción hábil de la reivindicación.

51 También en este caso llegó a la misma conclusión la Gran Sala de Recurso de la Oficina Europea de Patentes, a la que se había planteado la cuestión de la interpretación del artículo 28, letra c), del Reglamento de ejecución del CPE, cuyo tenor es idéntico al del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva.

Tras lo expuesto el tribunal en el párrafo 52 dicta que:

[...] excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

Finalmente, y en virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara en lo referente al embrión humano que:

1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

- Constituye un "embrión humano" todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo

óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

– Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un "embrión humano" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.

2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

3) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

Por tanto, el Asunto C-34/10 es esencial para la investigación pues aborda la protección del embrión, los derechos que tiene el *nasciturus* o el respeto que tienen que tener los primeros instantes de la vida humana. Además, trata jurídicamente aspectos como la obtención de células progenitoras a partir de células madre embrionarias humanas, la exclusión de la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales así como la definición del concepto de embrión humano.

6.4.2. ASUNTO 65192/11 (MENNESSON C/ FRANCIA) Y 65941/11 (LABASSE C/ FRANCIA).

A medida que se va avanzando en la investigación, los tribunales van intentando dar luz a la problemática que se ha creado con los niños nacidos con esta técnica, que hacen más necesaria la interpretación de las leyes, pues la

realidad actual, en donde progenitores acuden a este método reproductivo utilizando lo que se denomina vulgarmente vientres de alquiler. En España la propia ley lo prohíbe, sin embargo el problema, está en que hay países que no lo recogen en sus leyes, y otros lo permiten. Así debemos anunciar que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, mediante sentencia, declara: no reconocer la relación de filiación entre los niños que nacen con las técnicas de reproducción asistida mediante vientres de alquiler y los progenitores. Dicha Sentencia a tener en cuenta es de fecha muy reciente de 26 de junio de 2014, donde destaca que se viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos:

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

Estas sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que afectan a Francia, Asunto 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11(Labassee c/ Francia), en su fallo recoge la prohibición de Francia de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución. El origen de las sentencias está en que fueron dos matrimonios franceses, que no podían llevar a efecto su proyecto de paternidad debido a la infertilidad de sus respectivas esposas, que decidieron trasladarse a los USA para recurrir a la FIV con gametos del propio marido y un óvulo procedente de una donante. Posteriormente, procedieron a la implantación de los embriones fecundados en el útero de otra mujer (*gestation pour autri*).

El matrimonio formado por Dominique y Sylvie Mennesson tuvieron dos hijas gemelas nacidas en California el año 2000. Por otro lado, el formado por Francis y Monique Labassee, una hija nacida en Minnesota en 2001. En los

---

<sup>2</sup> Véase BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570.

juzgados de los Estados de California y de Minnessota se dictaron sentencias reconociendo a los cónyuges franceses como padres de las niñas nacidas mediante gestación por sustitución, siendo inscritas como con tal relación de parentalidad en los registros civiles correspondientes,

Sin embargo, cuando regresaron a Francia les fue denegada la inscripción de las recién nacidas en el Registro civil francés en aplicación de lo dispuesto en los arts. 16.7 y 16.9 del CC donde se dispone que cualquier convención para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula, y se considera dicha prohibición materia de orden público.

Ante estos argumentos, ni el matrimonio Mennesson ni el matrimonio Labassee obtuvieron de los tribunales franceses una resolución autorizando la inscripción de sus respectivas hijas en el Registro Civil francés por lo que, agotadas las instancias internas, presentaron demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando, en ambos casos, violación del art. 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, donde se establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia", entendiéndose que la negativa de las autoridades francesas constituye una ingerencia al respeto de su vida familiar.

Las demandas fueron turnadas a la misma sección del Tribunal, que acordó su instrucción simultánea, dictando sentencia en el mismo día y en base a los mismos argumentos, que, resumidamente, se transcriben a continuación:

- a) En cada caso, los demandantes conviven de forma que en nada se diferencia de la vida familiar, por lo que procede tramitar la demanda presentada sobre violación de la vida familiar.
- b) El concepto vida privada no incluye solamente aspectos de la identidad física del individuo, sino que se extiende a aspectos sociales del individuo.
- c) En relación a la justificación de que ingerencia esté prevista por la ley, tal como dispone el art. 8.2 de la Convención, el Tribunal señala que la ley interna debe ser accesible y previsible, en el sentido de que indique claramente los supuestos en que deba aplicarse.

Y en este sentido entiende que el Código civil francés establece con la debida claridad la nulidad de orden público de los contratos de gestación por sustitución, y que tal disposición tiene por finalidad disuadir a sus ciudadanos de recurrir en el extranjero a un método de procreación prohibido dentro del territorio nacional.

d) En relación a si la prohibición es necesaria dentro de una sociedad democrática, el Tribunal teniendo en cuenta las cuestiones de orden moral y ético que genera la gestación por sustitución, y que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en la regulación de la misma, estima que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para que cada uno establezca las normas que considere mas convenientes teniendo en cuenta la excepción de orden público internacional de derecho privado.

e) A partir de este punto, el Tribunal distingue entre el respeto de la vida familiar de los padres, y el respeto de la vida privada de las niñas nacidas en los USA.

f) No aprecia una violación de la vida familiar de los padres, puesto que éstos no han tenido ningún tipo de impedimento insuperable, pues se han establecido y residen en Francia donde conviven con sus hijas de una forma análoga a otras familias, por lo que tal situación no se ha visto afectada por las decisiones de las autoridades francesas.

g) Diferente es la conclusión con respecto a la protección de la vida privada de las niñas. Estima el Tribunal que se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica ya que en Francia no están reconocidas como hijas de sus padres, lo que atenta contra su identidad en el seno de la sociedad francesa, y la negación de la nacionalidad puede afectar negativamente a su propia identidad, creando complicaciones a sus desplazamientos, generando inquietud sobre su residencia en Francia, cuando lleguen a la mayoría de edad, y afectando a la estabilidad de la célula familiar.

El respeto a la vida privada implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad como ser humano, incluida la filiación, lo que en este caso afecta el interés superior de las niñas, cuyo respeto debe tenerse en cuenta en cualquier actuación.

En este caso, negando el reconocimiento de un vínculo de filiación de las niñas con sus padres biológicos, el Estado ha ido más allá de lo que permite el margen de discrecionalidad, violando así lo dispuesto en el art. 8 de la Convención.

h) La consecuencia de la sentencia del TEDH, declarando que la negativa del Estado francés a inscribir en el Registro Civil la certificación de sendos registros civiles de los USA en los que consta que las niñas, nacidas de un contrato de gestación, son hijas de sus padres de intención de nacionalidad francesa, residentes en Francia, vulnera el derecho a la vida privada de estas, es que el Estado Francés debe dejar sin efecto sus anteriores resoluciones y proceder a la inscripción solicitada.

Se puede fundamentan su negativa al reconocimiento de la maternidad subrogada en la protección de la dignidad de la mujer gestante y de los hijos nacidos de la gestación, entendiendo que en el respeto de la dignidad de la persona se contiene uno de los valores básicos de la sociedad, constituyendo un límite del orden público internacional que no se puede traspasar.

Ahora bien, el mismo principio de orden público ampara también el interés superior del menor y la protección de su identidad personal, que forma parte de la vida privada de la persona, por lo que, en cada caso, deben ponderarse los intereses en conflicto para decidir el merecedor de protección jurídica, que, en este caso, es la protección de la vida privada y de la identidad de los niños, Estamos ante una nueva realidad necesitada de regulación jurídica que el legislador no puede ignorar, en la que se deberán establecer los controles y garantías que sean necesarios para mantener incólume la dignidad de las personas, y la protección de los niños que nazcan en aplicación de las nuevas técnicas.<sup>3</sup> Esta sentencia puede ser recurrida por cualquiera de las partes ante la Gran Sala del Tribunal. El problema que se plantea es simplemente de filiación,

---

<sup>3</sup> Véase CORBELLÀ I DUCH, J. "LA MATERNIDAD SUBROGADA Una prohibición donde confluyen el Derecho Sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la persona", en XI Congreso Nacional del derecho Sanitario , 17 y 18 octubre 2014. [pp. 1-15], en <http://www.aeds.org/XXI Congreso/docs/Josep%20Corbella.doc>, visitado el 16/04/2015.

debido a que el nacimiento se realiza en países como Canadá donde está permitido la maternidad subrogada. Esperemos que se encuentre la solución más acertada en interés de la propia dignidad de la persona.



## 6. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este capítulo se han abordado los orígenes de la actual LTRA tomando como punto de partida la Ley 35/88 que fue la primera ley que reguló la aplicación de la TRA. En este recorrido, entre otros aspectos jurídicos, se mencionaron el *Informe Palacios* así como la creación, gracias al RD nº 415 de 1997 de 21 de marzo, de la CNRAH, y sus modificaciones posteriores en el RD-Ley 9/2014 que quiso establecer normas de calidad y seguridad para el problema que estaba sucediendo de almacenamiento de células y tejidos humanos.

No sin antes mencionar el recurso de inconstitucionalidad que se planteó a la totalidad de la Ley y subsidiariamente contra parte de la exposición de motivos, y diferentes artículos, así como la disposición final primera por contradecir los artículos 9,10,15,39, y 81 de la CE. Es decir se presentó este recurso porque se alegaba que dicha ley 1988 atentaba contra la vida humana y vulneraba el concepto constitucional de la familia, junto a que el término preembrión involucraba el aborto y exigían los 63 diputados del Partido Popular que la ley tuviera carácter orgánico. Ello dio lugar a la STC nº 116/1999 de 17 de junio, ya analizada, y que rechazaba la totalidad con una sola excepción del inciso inicial del artículo 20.1 de la ley.

Tras este preámbulo, se ha profundizado en el estatuto jurídico del embrión así como en la idoneidad ética de las TRA. En la LTRA hay que recordar nuevamente, que los óvulos sobrantes pueden ser destruidos, crioconservados o fecundados. Estas prácticas dejan abierta la puerta a que se pueda investigar con ellos, con una vida humana. Además, el triste final de los embriones sobrantes puede ser la destrucción con lo que se está atacando la dignidad del ser humano de una manera deliberada. Evidentemente, esto, junto al debate ético que nos plantea la instrucción *Donum Vitae*<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Doctrina social de la Iglesia; *Donum Vitae*. Sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación. 22 de febrero 1987. doctrinavital.blogspot.com/2009/12/donum-vitae.html, visitada el 12/11/2013

El origen del ser humano es el resultado de la procreación ligada a la unión no solamente biológica, sino también espiritual de los padres unidos por el vínculo del matrimonio. Una fecundación obtenida fuera del cuerpo de los esposos, queda privada, por esa razón, de los significados y de los valores que se expresan mediante el lenguaje del cuerpo, en la unión de las personas humanas.

En este sentido, indicamos las objeciones éticas que plantea:

- a) El carácter no natural.
- b) Las posibles consecuencias.
- c) La no implantación de los embriones obtenidos y el aborto de los implantados.
- d) La finalidad de los embriones sobrantes que pueden ser congelados, donados, y destruidos.

Las consecuencias que se aprecian es que, actualmente, se hace referencia al derecho a ser padres o al derecho de tener un hijo, olvidándose el derecho fundamental a la vida, desprotegiendo el niño que va a nacer.

Planteando si el derecho de ser padres es un derecho jurídico propiamente dicho o por el contrario es un don y si realmente se está perdiendo el derecho de familia que está reconocido en la CE, que ha sido el núcleo fundamental de la sociedad y el lugar ideal para el desarrollo de los seres humanos.

El papa Benedicto XVI dijo al respecto:

La familia es un bien necesario para todos los pueblos, un fundamento indispensable para la sociedad, y un gran tesoro de los esposos durante todo su vida. Es un bien insustituible para los hijos que han de ser fruto del amor, de ella donación total y generosa de los padres. Proclamar la verdad integral de la familia es una gran responsabilidad de todos.

La CE en su artículo 10, nos dice “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y social”

Ello nos hace concluir que existen por una parte la aceptación generalizada de la utilización de estas técnicas apoyadas en la legislación y, por otra parte, otro

grupo importante de la sociedad que se incluyen también científicos y juristas nos indican que existen opiniones contrapuestas donde esta Ley atenta contra el derecho y la dignidad de la persona.

En España, la protección jurídica del embrión fue legislada por la Ley 35/88 que establecía prohibición sobre posibles usos con los embriones. El convenio de Oviedo, que fue relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina y aprobado por el comité de ministros el 19 de noviembre de 1996, ya recogía en su artículo 18 que cuando se experimentase *in vitro* con embriones se debería "garantizar una protección adecuada el embrión" y, además, prohibía la "creación de embriones humanos con fines de experimentación".

Poco después, tanto la Ley 45/03 como el RD 2132/04 autorizaban la utilización en investigación terapéutica de los embriones sobrantes de la FIV. Esta ley se justificó aludiendo al "problema grave y urgente de acumulación de preembriones sobrantes [del empleo de las TRA], cuyo destino no está determinado".

Para ello dieron un nuevo concepto recogido en la Ley de 1988, sobre embrión y preembrión, siendo el preembrión lo que se forma desde el cigoto hasta el día 14 donde aparece la línea primitiva y se implanta o no .

Muchas instancias morales se han pronunciado sobre el reconocimiento de la dignidad humana del embrión desde el momento de la fecundación. Éstas exigen respeto sobre su patrimonio cromosómico y genético. En este sentido, habría que citar la Declaración de la Iglesia Evangélica de Alemania sobre las Cuestiones de Bioética, la *Instrucción Donum vitae* o la Carta encíclica *Evangelium vitae*.

Por otra parte, el Parlamento Europeo en su resolución sobre la fecundación artificial de 1989 se declara "consciente de la necesidad de proteger la vida humana desde el momento de la fecundación". Por otra parte, la Ley alemana rechazó el término "preembrión". Igualmente, el Proyecto de Ley de Fecundación Asistida aprobado el 26 de mayo de 1999 en Italia por la Cámara de diputados establece que el embrión que ha sido creado *in vitro* tiene personalidad desde el mismo momento de su fecundación.

Tras la presentación de los aspectos jurídicos sobre el embrión y su protección y los documentos legales sobre las TRA, se responden a algunas de las

preguntas que se plantean en la aplicación de las TRA. Su aplicación, sin duda, genera muchos debates éticos que ha sido necesario abordarlos y ver cuáles son las soluciones jurídicas que da nuestra legislación. Las preguntas han sido: ¿Cuándo comienza la vida humana? ¿Existe vida humana antes del día 14? ¿Se protege de forma similar o igual que la persona nacida del seno materno, que la nacida por reproducción asistida? ¿Existe un derecho a la vida de los embriones supernumerarios? ¿Cómo resuelve la legislación la filiación de personas nacidas mediante estas técnicas? ¿Es suficiente que la ley indique la obligatoriedad del consentimiento del cónyuge pueda ser causa de separación o divorcio?

Una vez han sido contestadas las preguntas, se analizan las sentencias españolas del TS y del TC. Especialmente, se han presentado aquellas sentencias en las que se han abordado temas referentes a la protección del embrión y su derecho a la vida. En este sentido, del TS se han presentado la Sentencia nº 2252/2001 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 29 de Noviembre de 2001 y la Sentencia nº 835/ 2013 del TS, Sala de lo Civil del 06 de febrero de 2014. Se ha profundizado más en las sentencias del TC ya que en ellas se ha ahondado mucho más en la protección jurídica del embrión y en los debates paralelos que han surgido desde la aplicación de la primera ley en España sobre las TRA, Ley 35/88. Del TC se han analizado en profundidad dos sentencias fundamentales para esta investigación como son la STC 212/1996 y la STC 116/1999.

Por último, y para terminar el capítulo, se ha estudiado una sentencia del Tribunal Europeo en la que se tratan temas tan importantes para esta investigación como la exclusión de la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales o en los conceptos de embrión humano. La sentencia estudiada ha sido el Asunto C-34/10.

Igualmente, es interesante mencionar que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanas en las sentencias de 26 de junio de 2014, caso *Mennesson c. Francia* (nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (nº 65941/11) argumenta la negativa al reconocimiento de la maternidad subrogada en la protección de la dignidad de la mujer gestante y de los niños de las gestación. En estas sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanas entiende que en el respeto de la dignidad de la persona se contiene uno de los valores básicos de la sociedad, y que hay, por tanto, ciertos límites que no se tienen que sobrepasar. De la misma forma, estos principios basados en los valores básicos de la sociedad también están amparando

el interés del menor así como la protección de su identidad, ya que es un asunto de prioridad por la Convención Internacional sobre Derechos del niño, tal y como lo argumenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanas en las sentencias de 26 de junio de 2014.

A modo de conclusión, se puede decir que en la sociedad actual desde que se aprobaron las leyes de la RAH éstas fueron aceptadas de forma generalizada. Por ello, se piensa que si existen leyes es porque éstas están bien. Sin embargo, en esta aceptación de las leyes no se entra en el trasfondo desde concepciones morales y religiosas.

La religión católica se muestra en su doctrina contraria a la prácticas aceptadas en las leyes sobre la RHA. Sin embargo, no se hace un fuerte hincapié en solicitar su prohibición, de la misma forma que se hace con la legislación sobre el aborto.

El TS, y confirmado por el TC, indica que el embrión es un bien jurídicamente protegido pero que no puede considerársele una persona ni un individuo y, por tanto, no posee la titularidad de derechos fundamentales. La vida es un derecho fundamental ligado al nacimiento y la doctrina del TC limita la protección del ordenamiento jurídico a las personas.

España no ratifica la Declaración de Naciones Unidas sobre la clonación, con lo que se aleja de la tendencia universal de las naciones a proteger la vida del ser humano desde el primer momento de la concepción.

A la hora de resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado en su día contra la primera LTRA, el TC no ha sido coherente con su propia jurisprudencia. De hecho, el TC pudo actuar tanto en el año 1985–despenalización del aborto– como en la posible inconstitucionalidad de la Ley de 35/1988 y no lo hizo.

La falta de respuesta de nuestro más alto tribunal , nos hace pensar que estos planteamientos debían de abordarse con más coherencia jurídica y ética, planteando una reforma en nuestro ordenamiento jurídico que pueda enfrentarse a los bruscos y radicales cambios que suscitan las TRA en instituciones como el parentesco, la filiación, los ordenes sucesorios, y sobre todo el derecho fundamental de la protección de la dignidad de la persona y el derecho a la vida.

Hay que encontrar un equilibrio entre la aplicación de esta Ley y por otra el

cumplimiento de la protección de los derechos humanos.

Para ello respondemos a las cuestiones planteadas, que a modo de conclusión:

La ciencia no puede definir cuando comienza la vida desde el punto de vista social, filosófico o religioso.

No existe una declaración clara y precisa de por qué el día 14 y no el 10, o tal vez el 21 es cuando comienza la vida, según lo expuesto en nuestra investigación, actualmente se sigue debatiendo sobre la necesidad de otorgar el status que se merece el embrión, estando su protección sujeta al derecho.

La legislación actual no resuelve los problemas que se plantean tanto jurídicos como éticos.

En los temas jurídicos tenemos que destacar el problema de la filiación no matrimonial, que ello ha desembocado en una reciente STS de 6 de febrero de 2014, donde niega la inscripción de la filiación de dos niños gestados mediante maternidad subrogada nacidos con las TRA a los padres que han tenido el hijo de esta forma, si la inscripción de los mismos pero no su filiación.

La Ley es muy clara en que solo es importante el consentimiento del donante y de la receptora para obtener la legalidad de un hijo nacido por estas técnicas, pero en España la maternidad subrogada o vientres de alquiler como se llama vulgarmente sigue estando prohibida por lo que no se han admitido hasta el momento inscripciones de filiación de niños engendrados por este procedimiento en otros países que si está permitido y luego desear su inscripción en España como padres.

Todos los conflictos planteados han desembocado en sentencias tanto en el TS como el TC, que recogemos las sentencias que nos han parecido con más impacto social.

Con relación al Tribunal supremo se han analizado analizamos la Sentencia 2252/2001 de TS, Sala 2ª de lo Penal, 29 de Noviembre de 2001. En ella se indaga en si la supuesta actuación negligente de un ginecólogo, constituía de imprudencia grave o no, después de la muerte de un niño de pocas horas, "tal imprudencia leve no puede ser castigada penalmente porque se trata de un hecho

atípico", dado que el art. 621,2 CP 1995 sólo comprende como resultado la muerte de otra persona, y en este caso, el que había nacido no lo era, discusión jurídica sobre el concepto de persona y si el nacimiento pone fin al estado fetal, la muerte de un niño, como en el presente supuesto, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve y condena al médico ginecólogo como autor responsable de una falta de imprudencia leve, debido a que se le considero que era una persona penalmente protegible.

Por otro lado, se ha profundizado en la sentencia nº 835/2013 del TS de la Sala de lo Civil del 6 de febrero de 2014, que confirma la anulación de la dirección de registro y notariado de la inscripción en el Registro civil español la filiación de dos menores nacidos tras un contrato de gestación por sustitución en California. Ello se basaba en que infringía el artículo 10 de la Ley 14/2006 TRA "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", estableciendo en su apartado segundo que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Es una sentencia polémica con voto particular firmado por cuatro miembros frente a los cinco que respaldan la sentencia. Se corrige lo que dijo en su momento la Audiencia Provincial de Valencia que se había basado en el artículo 23LRC, para aplicar de forma directa el derecho sustantivo fundamentándolo que no era posible que la certificación registral de California accediera al Registro Español, es decir que puede ser legal en California pero no en España, ya que sería más un censo en España que un registro de filiación civil. También explica la sentencia que el interés superior del menor es un concepto jurídico que solo puede concretarse dentro del contexto legal, y no ve que puede beneficiar al menor su inscripción en España, y no en California y, sobre todo, que no pueden alegar discriminación por razón de sexo u orientación sexual de los padres porque en ningún momento ha sido el tema de conflicto.

Estas Sentencias son importantes. Sin embargo, no podemos analizar nuestro derecho sin antes comprender cómo ha ido evolucionando la doctrina del TC, que a partir del año 1983 con la despenalización del aborto que reformó el artículo 417 bis del CP, se interpuso por el grupo del Partido Popular ,encabezado por D. Ruiz Gallardón, indicando que dicho Proyecto de ley vulneraba diferentes

artículos de la CE, Arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3, ello dio lugar a la Sentencia 53/85 de 11 de abril de 1985, ampliamente comentada en el cuerpo de nuestra investigación que venimos a resumir en las siguientes líneas, teniendo en consideración que hubo un empate de seis, contra seis, que fue el presidente el que decidió en último lugar el fallo de la misma, que por un lado se pronuncia sobre la vida, indicando que comienza con la gestación, y que termina con la muerte, es decir que el TC acepta totalmente la vida del *narciturus* como un bien jurídico protegido por el artículo 15 de CE, por otra parte en su fundamentos 5, 6 y 7 rechaza que la titularidad de tal derecho indicado anteriormente le corresponda, debido a que esa protección no tiene carácter absoluto y debe estar sujeto a limitaciones. Esto dio lugar a la despenalización del aborto en unos determinados casos. La jurisprudencia del TC español sobre el estatuto jurídico del embrión tiene como hito principal esta Sentencia, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del CP (la primera ley despenalizadora del aborto en España, de 1985). Sin embargo no es la más esencial la misma ha sido completada entre otras, con las sentencias 212/1996, de 19 de diciembre relativa a la Ley 42/1998 de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos, y la 116/1999 de 17 de junio en relación con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre TRA. Debido a la importancia de estas dos sentencias relacionadas con la anterior LTRA hoy derogada, donde se planteó el recurso de inconstitucionalidad sobre la vulneración de los artículos 10 y 15 de la CE.

El tribunal podría haber matizado más sus conclusiones en la 212/1996, de 19 de diciembre relativa a la Ley 42/1998 de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos pero no lo hizo, tan solo respondió que la ley 35/1988 no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE, ya que lo que regula esta ley es el momento anterior a la formación del embrión humano, indicando que solo los nacidos son los titulares de lo indicado en el artículo 15 CE, aunque matiza que si los no nacidos no son titulares del derecho a la vida, no están desprotegidos de forma jurídica claro está, pues el estado está obligado a establecer un sistema legal de defensa de la vida y abstenerse de interrumpir el proceso natural de gestación al no considerar a los no nacidos titulares del derecho a la vida, al no ser persona humana, quedar estos preembriones en los



bancos crioconservados durante un tiempo, difícilmente esto resulta contrario a la dignidad humana, sino que conservarlos de esta forma es el único remedio para poderlo utilizar mejor.

Para el alto tribunal diferencia entre tener derecho a la vida, y otra tener la vida protegida sin ser titular de este derecho, para el alto tribunal el preembrión no goza de la titularidad del derecho a la vida del artículo 15 CE. Es obvio que con esta sentencia se da cada vez menos protección al embrión, tomándolo hasta el día 14 como si fuera un objeto sin tener en cuenta que de ahí va a nacer una vida humana. La STC 212/1996, de 19 de diciembre interpretó la definición de no viable, como una incapacidad para desarrollarse, es decir hasta dar lugar a un ser humano, que es lo mismo que una persona, previsto en el artículo 10 de la CE, es decir que se interpreta la no viabilidad el mismo valor que si estuvieran muertos, es este punto encontramos una gran contradicción con la sentencia 53/1985. Sin embargo, la misma dio lugar a que se aumentara el interés de la investigación con preembriones y, posteriormente, junto a la sentencia que también hemos comentado STC 116/1999 de 17 de junio, que indicó que los embriones *in vitro* antes de estar en el seno de la mujer implantados y no desarrollados hasta el día 14 no tienen protección jurídica de igual forma que los trasferidos al útero materno, se distingue la fase preembrión claramente hasta el día decimocuarto, y nos encontramos que el TC niega que la CE proteja la vida humana por sí misma, sino que se exige para su protección que se encuentre en el día decimocuarto de desarrollo embrionario y que se halle en el útero de una mujer, al implicar distintas valoraciones con las definiciones que hace de embrión y preembrión. El TC se vuelve a contradecir en esta sentencia, reconoce con carácter general que aunque el embrión no sea persona humana, es vida humana y algo distinto de los gametos, que goza de protección constitucional y no puede ser patrimonial, sin embargo luego equipara a los preembriones a los gametos, al indicar que el artículo 5 de la ley no es inconstitucional.

Esta Sentencia nos hace reflexionar que no hace una mención clara que debe suceder con los embriones sobrantes, y no aclara como valorar esa viabilidad o no viabilidad, si se desaconseja su transferencia para procrear y cuál va a ser su destino, si la investigación o simplemente su destrucción. El TC no explicó ni despejó el dilema planteado, ni aclaró nada que no fuera que el *narciurus* no era titular del derecho a la vida por no ser persona, y admite que todo se sobreponga

a la voluntad de la pareja o de la mujer sola que decida tener un hijo. Solo podemos añadir que en el fundamento jurídico 9 dice que la ley solo permitirá la experimentación e investigación con embriones no viables, sin matizar lo que para el TC es viable o no.

Estas dudas, fueron recogidas en la actual ley que estamos analizando e investigando donde en su artículo 15, ya elimina la anterior diferencia entre viables y no viables permitiendo la utilización de preembriones con fines de investigación.

Ello es debido a que en esta Sentencia el TC termina diciendo en su fundamento jurídico 11, que considera inevitable la generación de embriones supernumerarios y su sacrificio inevitable en el interés de remediar el problema de la esterilidad humana.

A pesar de la estimación parcial de los recursos de inconstitucionalidad sobre la ley entonces en vigor del año 1988, en la STC 212/1999 tenemos que resaltar el voto particular del magistrado D. Jose Gabaldón López, que dijo: "lamento discrepar del criterio expresado en la sentencia, por cuanto entiendo que la misma debió pronunciar la inconstitucionalidad de los preceptos o prescripciones singulares que al final señalo por opuesto al artículo 15 de la CE, según la doctrina de este mismo TC en la STC 537/1985, incluso en la totalidad de la ley porque esta no se elaboro de forma de Ley Orgánica". En la segunda sentencia comentada aunque dijo que estimaba parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, solo afecto a dos artículos 12.2 en su inciso final, y al artículo 20.1, con la adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta ley.

Desde el año que fue publicada esta última sentencia, es decir desde el 17 de junio de 1999, sobre la posible inconstitucionalidad de la LTRA, no hay ningún grupo político, ni persona alguna capacitado para ello que haya interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la vigente Ley 14/2006, sobre la RHA, con lo que nos lleva a la conclusión que con los problemas que se han ido surgiendo y la falta de claridad de esta ley no se haya intentado esclarecerla, bien mediante un nuevo recurso de inconstitucional o mediante cambios en su articulado por entender que la misma no da respuesta a los conflictos que se están planteando en su aplicación y que pueden atentar a la dignidad humana.

No podemos terminar estas conclusiones sin mirar más allá de nuestros compromisos legislativos, España tiene la obligación de aplicar aquellas Directivas del Parlamento Europeo con las cuales está vinculado. Así, en el marco jurídico, no podemos ignorar el asunto C-34/10, que versa sobre el Estatuto Jurídico del embrión y su protección.

Sobre las cuestiones prejudiciales el tribunal responde en este sentido:

Un embrión humano, en el sentido del artículo 6 apartado 2 letra c de la Directiva 98/44/CE, constituye todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis, indicando que corresponde al juez nacional determinar a la luz de los avances de la ciencia si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito constituye un embrión humano.

En el punto de la patentabilidad en relación con los embriones humanos con fines industriales y comercial es tajante con la exclusión de los mismos, si requiere la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en que estos se utilicen.

Es decir, nos aclara los puntos fundamentales que deberemos tener en cuenta en nuestra legislación que todavía a pesar del tiempo que ha transcurrido no le hemos dado traslado a nuestro ordenamiento jurídico de esta interpretación de la directiva mencionada. Por lo tanto podemos aplicar en España y en los demás países vinculados lo expuesto por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en lo referente al embrión humano que:

1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

– Constituye un "embrión humano" todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

– Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un "embrión humano" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.

2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

3) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

Esto nos hace pensar que los avances de la ciencia van a ser el punto de partida para cambiar el concepto jurídico que hasta este momento se esta dando al embrión y feto.

## 7.1. INTRODUCCIÓN

Las entrevistas en profundidad a expertos, es una técnica muy utilizada en investigación cualitativa. Esta técnica nos va a permitir obtener una información detallada, de las interconexiones de diferentes profesionales del mundo jurídico, es decir, no es otra cosa que una técnica para obtener una información mediante una conversación profesional. Entendemos y somos conscientes del valor de esta herramienta de participación pública y de la necesidad de su utilización en esta fase de la investigación del doctorado debido a que los entrevistados seleccionados son profesionales muy cualificados que representan un universo de intereses, relacionados con las cuestiones jurídicas y éticas sobre la Ley vigente 14/2006, sobre la RHA en España.

De las diferentes técnicas existentes para recoger los datos se ha utilizado la técnica de la no estructurada cuyo objetivo es considerar que el entrevistado aporte una riqueza para esta tesis doctoral, dándome la oportunidad de clarificar algunas cuestiones que han ido surgiendo en esta investigación. Por tanto, se considera que la metodología seguida proporciona la oportunidad de clarificación y seguimiento de preguntas y respuestas, en un marco de interacción más directo, personalizado, flexible y espontáneo que la entrevista estructurada o las encuestas. Sobresale, por tanto, su ventaja de generar puntos de vista, enfoques, hipótesis y otras orientaciones útiles para traducir múltiples percepciones sobre las circunstancias reales de esta investigación. Esta técnica de recogida de información ha permitido la obtención de gran riqueza informativa, en las palabras y en los enfoques de los entrevistados.

La perspectiva personalizada de cada entrevistado ha sido muy eficaz para poder dejar una puerta abierta para orientar y poder seguir otras líneas de investigación.



## 7.2. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS A EXPERTOS

### 7.2.1. D. JOAQUÍN BORRELL GARCÍA. NOTARIO .

Como entrevistadora me preparo para convencer a mi primer entrevistado , el Notario D. Joaquín Borrell García, que es el idóneo para poder dialogar sobre la ley sobre RHA 14/2006, desde el punto de vista jurídico de la práctica notarial. Creando un ambiente de confianza, humano y agradable, en una de las salas de la notaria, recordándole él, a su secretaria que no deje pasar ninguna visita.

Para conocer mejor a nuestro entrevistado aportamos alguna referencia a su extenso currículum. Nació en Valencia el 3 de febrero de 1956, se licenció en Derecho en la Universidad de Valencia, destacando entre muchos cargos distinguidos Decano del Colegio Notarial de Valencia entre el año 2002 a 2008. También su labor como docente son igualmente destacadas dando cursos y seminarios en diferentes Universidades como la UCV, CEU San Pablo de Valencia y de la Universidad ESTEMA ,donde ha sido profesor de prácticas jurídicas. Además de su trayectoria profesional , en el campo de las ciencias jurídicas, se debe destacar su actividad como escritor. Es autor de 11 novelas algunas de las cuales han sido publicadas por prestigiosas editoriales como Plaza y Janés, Circulo de Lectores o Grijalbo. De entre su producción literaria hay que destacar *La esclava de azul*, *La lágrima de Atenea*, *la balada de la reina descalza*, *el escribano del secreto* o *el Caballo verde*. Obtuvo el premio literario " Serra D'Or novela joven en 1991 , y el premio Néstor Luján 2001.Siendo distinguido en el año 2009 con la Cruz de 1º Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

Pronto nos ponemos a hablar y a centrarnos en el tema que nos compete: ¿Qué incidencia había tenido hasta este momento la ley sobre RHA en la práctica notarial? ¿Podrías poner algún ejemplo práctico para ilustrarnos? ¿Qué remedios legislativos se podrían proponer? El responder a estas preguntas es fundamental para nuestra investigación ya que estos temas planteados al entrevistado no se han tratado a lo largo de este trabajo. Por tanto, una opinión de un experto tan

cualificado puede ayudar a completar el punto de vista de la investigación.

Debido a su facilidad de palabra y al conocimiento del tema en profundidad, sin olvidar la sonrisa ni por un momento, comenzó un dialogo fluido, donde recogemos este resumen. Todo lo disertado por D. Joaquín Borrell se podría englobar bajo el titular *Una consideración sobre la incidencia del capítulo II de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida en la práctica notarial*.

Borrell, hace una valoración de lo que ha supuesto la LTRA en la práctica notarial y llega a la conclusión de que su incidencia no ha sido muy importante. El experto se refiere a ello de la siguiente manera: "Ocho años y medio después de su entrada en vigor no puede decirse que la ley 14/2006 haya incidido de forma relevante en la práctica notarial. Sin embargo, algún caso concreto sí que ha puesto de manifiesto la quiebra del principio de seguridad jurídica que resulta de la aplicación de su artículo 9.2, al no haberse injertado su ámbito de aplicación en el tronco de la normativa sucesoria".

Respecto a esto, y en relación al artículo 9.2. citado por Borrell, éste dice que: "en efecto, prevé dicho artículo que el consentimiento prestado en cualquiera de las formas que se indican para el material reproductor del marido pueda ser utilizado en los doce meses siguientes al fallecimiento para fecundar a su mujer, provoca que la generación produzca los efectos legales que se deriven de la filiación matrimonial; lo que el apartado tercero de dicho artículo extiende al varón no unido por vínculo matrimonial". El entrevistado considera que hay que matizar que "aquí cabe observar que, por tanto, en una lectura literal, el precepto comprende a todos los varones del mundo (apartado segundo: el marido, apartado tercero: el varón no unido por vínculo matrimonial)". De las palabras de Borrell se entiende que la LTRA, en algunas partes de su articulado, tiene lagunas pues, respecto al respecto de lo que expone el entrevistado, éste dice que: "no habría estado de más precisar si ésa era la idea del legislador o si concretaba el ámbito mediante la exigencia de alguna vinculación de otra especie".

Borrell continúa exponiendo que: "dicha previsión no alteró el régimen general sucesorio civil, ni tampoco los plazos fiscales para la liquidación del Impuesto de Sucesiones. Atendida la incidencia estadística de los supuestos en los que resulta aplicable el precepto, habría resultado exagerado a todas luces generalizar una suspensión de la aceptación de la herencia y sus efectos durante el plazo de un año o establecer una reserva semejante a la prevista por el CC para



las situaciones de ausencia legal. Dicha suspensión o reserva implicaría declarar incierta la sucesión hasta obtener la seguridad de que el causante varón no dispone, por decirlo así, de una reserva de material reproductor debidamente consentida, que pueda generar filiación legalmente vinculante".

Este hecho, según el entrevistado, "no parece como ha quedado apuntado, que deba ser considerada esta opción de paralización de las operaciones sucesorias, que perjudicaría notablemente el tráfico jurídico, al sustraer a éste los bienes hereditarios e incorporarlos a una suerte de limbo durante un periodo de tiempo posterior al fallecimiento. La situación más semejante entre las vigentes sería la que determina el plazo para solicitar el certificado de últimas Voluntades, que previene la posibilidad de testamentos de última hora, pero dicho plazo es de quince días, no de un año".

No obstante, matiza que "en cambio la situación vigente puede dar lugar a los siguientes hechos, experimentados en la práctica: un señor fallece, en este caso sin hijos, aunque la situación no cambiaría sustancialmente si los tuviera, y sin haber otorgado testamento (de haberlo hecho tampoco variaría la situación, salvo que en él aludiese al fruto futuro posible de su material reproductor, pues en otro caso la atribución a éste de los efectos de la filiación provocaría preterición, en la aplicación del artículo 814 del CC)".

Como bien expuso Borrell, en el ejemplo que presentó los padres de dicho señor acuden a la notaría, obtienen el acta de Declaración de Herederos, aceptan la herencia, y dado que son titulares a todos los efectos legales, disponen de los bienes hereditarios; para dar más vigor al ejemplo, añadamos que son gente necesitada y que aplica el dinero obtenido de forma inmediata a las necesidades propias. Jurídicamente, Borrell dice que es necesario que "conste que la seguridad jurídica quedaría igual de atacada de haber sido gente opulenta".

Continuando con la exposición del caso, Borrell recuerda que "once meses más tarde del fallecimiento dentro del plazo previsto en el artículo 9.2. el material, almacenado y consentido cumple su cometido fecundador. El hijo resultante, convertido en heredero, queda facultado (lógicamente a través de su representante) para instar la nulidad de la adjudicación hereditaria que han realizado los abuelos, y por extensión la de los actos dispositivos que éstos hayan efectuado".

Según Borrell, "dicha anulación no será oponible a los terceros adquirientes protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuya buena fe resultará particularmente diáfana en este caso". Continúa exponiendo en el caso concreto que ha presentado en la entrevista, la peor parte sería para los abuelos pues ya que: "tendrían que entregar a la madre del niño en representación de éste el dinero obtenido, aunque, como vendedores igualmente legítimos y de buena fe en el momento de la transmisión, se lo hayan gastado".

Concluye la exposición del caso, afirmando que: "la seguridad jurídica queda tan mal parada como el peculio de los abuelos del ejemplo, realizando inversiones en una de las fincas".

Son muy interesantes las palabras de Borrell pues en su entrevista aporta diferentes propuestas para solucionar algunos problemas que tiene la ley. En este sentido, expone 3 soluciones muy concretas. La primera de ellas, según el propio Borrell sería la más radical y consistiría en: "Excluir de los efectos de la filiación los derechos sucesorios, salvo que el donante del esperma haya hecho reserva de éstos en título adecuado. Puede parecer exagerado, pero en el fondo lo que está haciendo la ley actual es presumir que el consentimiento para el uso del esperma lleva implícita la voluntad sucesoria. De ser así poco cuesta (los casi cuarenta euros más IVA incluido, de un testamento) con añadir la exigencia de dicho otorgamiento para dar al consentimiento la publicidad correspondiente de los actos de última voluntad". Continuaría exponiendo que: "La objeción técnica a esta vía puede derivar de la consideración de que en otro caso, es decir, si no se testa, el hijo así generado no tendría la condición de legitimario, lo que implicaría una discriminación. Otra cosa es que, puestos a hacer sugerencias, se recomiende de paso, revisar todo el régimen legal de las legítimas, que ya no es del siglo pasado sino de hace siglos".

La segunda de las soluciones que da Borrell para terminar con las complicaciones que el entrevistado ha mentado es, a su parecer, la más sencilla y consistiría en: "Imponer la inscripción de dicho consentimiento en el Registro de Actos de Última Voluntad, lo que no tiene porqué implicar que se haga en testamento. Bastaría con instar la inscripción mediante un procedimiento semejante al que se sigue en la actualidad para hacer constar en dicho registro la existencia de un testamento ológrafo. En tal caso, al ir adjudicar la sucesión, aparecerá dicha información y tendrá que sujetarse la atribución hereditaria a las

correspondientes condiciones y cautelas".

Por último, la tercera de las soluciones que da Borrell es la siguiente: "Crear un registro específico, de consulta restringida, en el que se inscriban tales consentimientos; y prever que para la adjudicación de la herencia, el notario, como se hace actualmente, a título de ejemplo, con el registro de contratos de seguro, consultará telemáticamente dicho registro para asegurarse de que no existe pendencia de una situación como la expuesta".

Borrell expone que estas tres soluciones no se quedarían en mera teoría, si no que ha llegado a ellas desde la puesta en práctica de la legislación. De hecho, rotundamente concluye que estas soluciones "son meras consideraciones nacidas del caso práctico indicado; sin duda susceptibles de fácil mejora por quien le dedique una meditación más sosegada".

Terminada la entrevista, le agradezco su valiosísima aportación, y su punto de vista de la LTRA desde la práctica notarial.

Joaquín Borrell nos agradece haber podido realizar su contribución y nos transmite que aguarda, con ilusión, la presentación de esta investigación.

### 7.2.2. D. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ-FERRER SENENT. ABOGADO DEL ESTADO.

El segundo entrevistado, es el joven abogado del Estado Javier Gómez-Ferrer Senent, nació el 25 de diciembre de 1981, se licenció en derecho en el año 2004 y con tan solo 23 años con un expediente brillante, comenzó a estudiar oposiciones para Abogado del Estado. Fue nombrado Abogado del Estado el 27 de diciembre de 2006. Su primer destino como Abogado del Estado Jefe fue en Teruel. En la actualidad, desde su nombramiento el 26 de marzo de 2012, ejerce de Abogado del Estado en Valencia. Es un perfecto conocedor de las Instituciones jurídicas de la Unión Europea. Junto a su brillante carrera jurídica, hay que mencionar sus trabajos realizados como docente. Desde septiembre de 2010 hasta julio de 2012 fue profesor de la Universidad de Valencia-Estudi General. En la actualidad es profesor de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica de Valencia.

Mi primer encuentro fue informal, en un acto en que acudimos los dos, y

debido a su simpatía y cordialidad me atreví a solicitar su participación como experto, siempre teniendo en cuenta su disponibilidad para hacer la entrevista.,

Su respuesta no se hizo esperar: "claro que sí; ¿puedo ayudarte en algo?". Directamente, le indiqué que deseaba que contestara a alguna de las preguntas que tenía en un guión preparadas o, por el contrario, si deseaba que realizáramos una entrevista mediante el dialogo, cuyo tema principal es la actual ley de RHA.

En nuestra conversación compartimos otros marcos de referencia, pues además de ser abogado del estado desde el año 2006 mediante oposición, también imparte clases en la universidad, su reconocimiento como jurista no necesita presentación.

Una vez concertada la entrevista, le visité en su despacho. No era difícil entender que su tiempo era limitado, por lo que decidí que si le parecía bien que contestara alguna pregunta o por el contrario que estableciéramos un diálogo. Optó por contestar a las preguntas que eran importantes, indicando que no podría hablar de la Ley en general, ni calificar la actividad de la CNRAH, pues desconocía su funcionamiento y cómo se estaba desarrollando. Sin embargo, sí podía contestar otras preguntas de las que tuviera interés para el trabajo de investigación. Debido al escaso tiempo del que disponíamos, fuimos concretando las tres preguntas que realmente podría responder en profundidad.

De las tres preguntas que realmente podría responder en profundidad, recogemos el siguiente resumen. La primera pregunta que se formuló al entrevistado fue si ¿Un hijo nacido desde la Técnicas de Reproducción Asistida tiene los mismos derechos jurídicos que un hijo nacido por el procedimiento natural? Gómez-Ferrer Senent contestó que "indudablemente sí, nuestro derecho así lo establece, como no podría ser de otra manera y, así nuestro CC, al establecer que el nacimiento determina la personalidad (art. 29 CC) no hace (no podría hacerlo porque sería una clara infracción del art. 14 CE) distinción por razón de la forma en que la concepción se hubiere llevado a cabo". Seguidamente, continuó exponiendo que "no podría ser de otra manera pues la discusión ética que plantea la utilización de las TRA no puede, de ningún modo, llevar a negar la condición de persona (con la dignidad que le es inherente) a quien es un individuo de la especie humana".

La segunda pregunta que seleccionó el entrevista fue si ¿El destinar los preembriones crioconservados a la investigación afecta al derecho a la vida? Gómez-Ferrer Senent contestó que ya "el propio concepto de preembrión es un concepto tramposo que pretende transmitir la idea de que, tras la fecundación y hasta determinado momento sobre el que ni científicos ni legisladores parecen ponerse de acuerdo no existe un individuo diferenciado y que, por ende, susceptible de ser titular del derecho a la vida". Continuó exponiendo su opinión diciendo que "sin embargo, no existe motivo para considerar un momento posterior a la fecundación que produzca un salto cualitativo que nos permita concluir que lo que antes no era un individuo de la especie humana pasa a serlo desde dicho momento pues el único "salto cualitativo" se produciría con la propia fecundación, a partir de ese momento estaríamos ante un individuo diferenciado de la madre y, obviamente, perteneciente a la especie humana y, como tal, susceptible de ser considerado persona y de ser tratado con la dignidad que merece (art. 10 CE)".

Gómez-Ferrer Senent no solo se dedicó a contestar preguntas, sino que fue más allá ahondando en conceptos que son esenciales en nuestra investigación. En este sentido, dijo que era "consciente de que la discusión acerca del concepto de persona trasciende lo puramente científico y que no son pocas la opiniones que exigen requisitos adicionales para ser considerado como tal, sin embargo, en mi opinión, exigir a cualquier individuo de la especie humana cualquier requisito adicional para atribuirle la condición de persona es algo profundamente injusto, pues el ser humano es persona por el mero hecho de ser humano". A hilo de esto, reforzó lo expuesto y añadió que: "sentado lo anterior, y partiendo de dicha premisa, a saber, que desde el momento mismo de la fecundación existe un nuevo individuo de la especie humana que debería ser titular del derecho a la vida entiendo que, en efecto, la utilización de embriones crioconservados para la investigación afecta directamente al derecho a la vida".

Las reflexiones realizadas por Gómez-Ferrer Senent sobre el concepto de preembrión, vuelven a destapar al empleo de este término como algo muy dudoso, tanto desde el punto de vista jurídico como científico, dejando entrever que este concepto "tramposo" –adjetivo empleado por Gómez-Ferrer Senent– se ha podido crear deliberadamente con unos intereses particulares. Por tanto, es fundamental que se revise la utilización de este término en la jurisprudencia

actual, especialmente en lo que compete a esta investigación, la LTRA. Además, el entrevistado ha sido muy meridiano al hablar de la crioconservación de los embriones humanos para la investigación, práctica que para Gómez-Ferrer Senent "afecta directamente al derecho a la vida".

La última de las preguntas a las que respondió el entrevistado fue si ¿La protección jurídica del embrión en España es la adecuada?, a lo que Gómez-Ferrer Senent contestó que "en consonancia con lo apuntado anteriormente entiendo que no, que la protección que se dispensa al embrión en España no es la adecuada en la medida en que se le niega la condición de persona y, por ende, de algo tan elemental como el derecho a la vida. En tal sentido cualquier norma que permita la cosificación de embriones, su utilización como material de investigación o cualquier otro destino incompatible con la dignidad humana constitucionalmente garantizada incurre en una profunda injusticia que necesariamente debería ser remediada".

Con estas tres respuestas hemos conseguido tener una opinión de un experto donde nos deja claro también su opinión personal, en donde no solo aclara el punto jurídico de la ley sino que entra más allá, en la cuestión ética de la RHA.

#### 7.2.3. D<sup>a</sup>. BEATRIZ PINA PÉREZ. ABOGADA, EX JUEZA DE INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

Nuestra tercera entrevista es a una ex juez de Instancia e instrucción que actualmente esperando su reciente maternidad, nació el 27 de enero de 1977, es licenciada en Derecho desde 2001, preparó oposiciones para acceder a la carrera judicial. Su primer trabajo en esta materia fue desde noviembre del 2004 hasta diciembre del 2010, en el juzgado de Paz y Registro de una localidad cercana a Valencia. Posteriormente mediante nombramiento del Ministerio de Justicia fue nombrada Juez de Primera Instancia e Instrucción adscrita a los juzgados de la provincia de Zaragoza, hasta 2013. Ha sido profesora de legislación en oposiciones a la Administración Pública en diversas academias como Laudeo Oposiciones, empresa del grupo Planeta formación S.L. Además de un extenso currículum profesional en el ámbito privado, en donde en estos momentos está ejerciendo como abogado, y Mediadora en Gestión eficientes de Conflictos del Cmicav.

La entrevistada, en esta ocasión dispone de más tiempo que los anteriores expertos y, sobre todo, por su experiencia profesional como Juez de primera Instancia e Instrucción hasta hace escasos meses, y su estado de buena esperanza por encontrarse embarazada, y tener que realizar reposo pudimos quedar en una cafetería para nuestro primer encuentro, del cual surgieron un sinnúmero de ideas y conceptos que iba comentando, recogiendo como tema principal la determinación de la filiación de los nacidos mediante TRA. Pues es uno de los temas donde deben de aclarar los jueces en la actualidad debido a las numerosas lagunas legales que plantea la LTRA que se remiten al CC para su aplicación e interpretación jurídica.

De todo ello recogemos el resumen, éste se centra en los problemas que plantea la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La entrevista realizada a Pina Pérez estuvo marcada por una disertación previa de la entrevistada en la cual expuso lo siguiente: "La determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida responde a reglas especiales, contenidas en la Ley sobre la materia, que excepcionan el régimen del Código civil. Tales sustanciales diferencias muestran la diferente filosofía que subyace a dichas normas: la LTRHA prioriza la voluntad del progenitor y el Código, el principio de verdad biológica. Pese a ello, la LTRHA se remite al Código para integrar sus numerosas lagunas legales, lo cual plantea difíciles problemas de aplicación e interpretación jurídica".

Según Pina Pérez: "Las cuestiones jurídicas contenidas en una Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida son numerosas, variadas y de sustancial calado, al afectar a temas no sólo íntimos y personales, sino cargados de implicaciones filosóficas. Sin ánimo exhaustivo: la capacidad reproductiva, de la mano del supuesto derecho a la reproducción; las relaciones de filiación, en su contenido, fundamento y determinación; el ámbito de la autonomía de la voluntad y sus límites, latente en los consentimientos requeridos para la aplicación de las técnicas y sus consecuencias; y en suma, cuantos plantea la intervención legislativa sobre el origen de la vida y, en general, sobre la investigación científica. La radical trascendencia de cada uno de ellos justifica la atención que la doctrina jurídica ha dispensado a nuestra vigente Ley 14/2006, de

26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como a sus precedentes".

Concluye su disertación previa exponiendo que: "Como objeto de su análisis, nos centramos en la determinación de la filiación nacida a través de las técnicas de reproducción humana asistida. Es un tema crucial para el Derecho, en cuanto dirigido a la identificación de las partes de la relación de filiación, con todos sus efectos jurídicos. Se muestra, además, sumamente complejo, por la pluralidad de intereses en posible conflicto a atender. En su regulación, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ha alterado sustancialmente las premisas sobre las que el Código Civil construyó el Derecho de filiación en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según queda patente en decisiones tan llamativas como la de posibilitar la doble maternidad biológica, sin padre (art. 7.3 LTRHA). Ello obliga a revisar afirmaciones tan básicas o de partida como la de que la determinación de la filiación persigue la identificación del padre y de la madre de una persona. Como decía, tal decisión legislativa puede ser la más llamativa, pero en absoluto es la única discutible, ya no sólo desde consideraciones filosóficas, sino de mera técnica jurídica. Porque la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, plantea más problemas que los que resuelve, según se expondrá seguidamente".

En los siguientes párrafos Pina Pérez analiza los títulos de determinación y clases de filiación. En primer lugar, hace un acercamiento a la problemática planteada desde un punto de vista general, en donde dice que: "Para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el Derecho elige unos concretos hechos y actos a los que atribuye tal función. De ahí su nombre de títulos de determinación de la filiación, en cuanto sirven para establecerla. Estos títulos vienen a responder a la pregunta: ¿quién debe ser el padre/madre de un niño? Pregunta que incorpora dos premisas obvias: una, la relación biológica de filiación y la jurídica son distintas, por lo que no siempre coinciden; y dos, ante el dato anterior, el Derecho debe decidir cómo articula tal disparidad, si en términos de excepción o de normalidad. En otras palabras el legislador debe decidir entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, y otro que asuma, por razones diversas, la separación entre ambas. En esta elección, lógicamente, el



legislador no tiene una plena libertad de configuración normativa, sino que se encuentra limitado por las previsiones constitucionales al efecto".

Posteriormente, se centra en la CE de 1978 que contiene las siguientes normas con incidencia sobre el régimen de la filiación: "a) El principio de no discriminación por razón de nacimiento: art. 14 CE (esto es, la igualdad en el tratamiento jurídico de los hijos con independencia del origen matrimonial o extramatrimonial de su nacimiento). / b) La protección de la familia, obligación de todos los poderes públicos (art. 39.1 CE). / c) La protección de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE). / d) La investigación de la paternidad, recogida inmediatamente después de la obligación anterior, y al servicio de la primera (art. 39.2 CE). La recepción constitucional de la obligación legislativa de posibilitar la investigación de la paternidad supuso la abolición de una barricada histórica de defensa del varón frente a la asunción de la propia responsabilidad como progenitor, que los Códigos civiles del siglo XIX habían recibido del de Napoleón, como prohibición de dicha investigación".

Pina Pérez dice que "estas exigencias constitucionales eran incompatibles con el régimen de filiación vigente al aprobarse la Constitución, prácticamente inalterado desde la redacción original del Código civil, por lo que provocaron su reforma, por Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta reforma abordó la filiación por naturaleza, esto es, la que une a personas que descienden unas de otras". Continúa su exposición argumentando que "desde la aplicación de los principios constitucionales mencionados, opta por un sistema de determinación de la filiación basado en la verdad biológica, en cuya virtud se favorece que quien es padre biológico, sea tenido por padre legal, lo cual comporta importantes efectos sobre el régimen de acciones de filiación".

Es interesante como Pina Pérez habla de la adecuación de la filiación adoptiva a los principios constitucionales que se llevó a cabo por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que establece la total equiparación de efectos entre esta clase de filiación y la biológica o natural. Asimismo, afirma que: "obviamente, en la filiación adoptiva se asume la falta de relación biológica entre los padres e hijos legales, para dotar a los menores del mejor recurso posible en orden a su protección. La constitución de la filiación adoptiva es judicial: requiere de una

resolución judicial en la que se constate el cumplimiento de todos los requisitos legales y la mayor adecuación de los padres adoptantes al interés del adoptando".

Tras lo expuesto, Pina Pérez se hace una pregunta al respecto que es ¿Qué sucede con la reproducción asistida? A esta pregunta responde diciendo que: "Un legislador apresurado puede partir de la siguiente premisa: la filiación nacida tras el sometimiento de los progenitores a técnicas de reproducción humana asistida es indudablemente filiación natural, porque la manipulación del hijo en sus orígenes en nada debe alterar la clasificación jurídica de la filiación. Por ello, el régimen de su determinación debe reconducirse al de la filiación natural. Esa fue la decisión tomada por el legislador en la primera Ley española de Reproducción Humana Asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, y se mantiene en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sin embargo, la mayoría aplastante de la doctrina y la propia realidad viene demostrando la insuficiencia e inadecuación de tal decisión".

Pina Pérez argumenta que: "efectivamente, el art. 7.1 LTRHA, bajo el título "Filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida", reconduce su regulación a "las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos" (arts. 8, 9 y 10 LTRHA). El plural, claramente, debe ponerse en relación con la competencia autonómica en materia civil: la regulación española sobre filiación no sólo se contempla en el Código civil, sino también en otras leyes civiles autonómicas".

La entrevistada empieza a concluir esta parte de su disertación exponiendo que "por tanto, en virtud de esta regla hemos de entender aplicable el régimen del Código sobre determinación de la filiación por naturaleza, que sólo queda desplazado por la existencia de norma especial en los tres artículos siguientes. La aplicación del Código civil no es subsidiaria, sino directa, y sólo queda desplazada en presencia de norma concreta contenida en esta Ley especial. El legislador ha renunciado a establecer una tercera clase de filiación, a sumar a la natural y la adoptiva, o a discriminar según el tipo de reproducción asistida empleada, opciones defendidas por parte de la doctrina: simplemente, se ha limitado a establecer unas normas especiales a integrar con el régimen general de la filiación natural".

Finalmente, concluye Pina Pérez que: "para determinar la filiación, la LTRHA se remite a la aplicación directa del Código civil, cuyo sistema está basado desde 1981 en la verdad biológica, a salvo las especificaciones que aquella contempla. El punto de partida no puede ser más sorprendente, dado que la LTRHA española admite la fecundación con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de pre-embryones, y dicho anonimato se eleva en la Ley a la categoría de dogma (art. 5.5), de modo que la revelación de la identidad de los donantes de gametos es excepcional. Sólo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo podrá revelarse dicha identidad, siempre y cuando, además, esta revelación sea indispensable para evitar el peligro (art. 5.5.3 LTRHA). Por consiguiente, el lugar que para el Código ocupa la verdad biológica, y la tendencia a que sea padre legal el genético, en la LTRHA lo sustituye la voluntad de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material reproductor empleado".

En la entrevista de Pina Pérez, perfectamente estructurada, aparece un tercer bloque temático que versa sobre la determinación de la filiación en la RHA. En este sentido habla de un principio inspirador al que se refiere de la siguiente manera: "La filosofía de la Ley, y con ello comparte el criterio habitual del Derecho comparado, es que la voluntad de generar un nuevo ser humano a través de la aplicación de estas técnicas sustituye al dato biológico, convirtiendo en padre o madre legal a quien presta su consentimiento para aquéllas. Ahora bien, el legislador español no reviste a dicha voluntad del carácter de título de determinación de la filiación, a sumar a los presentes en el Código civil (arts. 115 y 120): siguen aplicándose éstos, introduciendo dicho consentimiento sólo modulaciones en sus efectos. Con una salvedad: la manifestación de la mujer casada con otra ante el Encargado del Registro Civil, y previa al nacimiento del hijo de su cónyuge, incorporada en el art. 7.3 LTRHA. Esta previsión legal no puede entenderse sino como un nuevo título de determinación de la filiación, ligado a la voluntad pero esencialmente distinto al reconocimiento".

De la entrevista de Pina Pérez, se podría destacar, igualmente, el análisis que hace de la determinación de la maternidad. Textualmente, la experta dice que "hasta su reforma de marzo de 2007, la LTRA descartó cualquier otro título de determinación materna diferente al parto, lo cual se recoge con ocasión de la

regulación de la gestación por sustitución (art. 10): podría decirse que es el último bastión del *mater semper certa est*. En su virtud, el origen del material biológico (gametos o preembriones) es irrelevante para el Derecho, al menos para la determinación de la maternidad: es madre quien pare, como complemento a la nulidad de todo contrato de maternidad subrogada. El parto constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, tan potenciada en otros ámbitos por esta Ley: el legislador ha optado por la biología del nacimiento, y no por la de la concepción".

Es fundamental como remarca Pina Pérez que es "sólo para una de las madres". En su análisis, se retrotrae y dice que: "La regla expuesta procede de la Ley de 1988 y permanece literalmente inalterada en la vigente de 2006, pero la ya mencionada adición del art. 7.3 en 2007, por la Ley de rectificación de sexo, ha establecido exactamente el criterio contrario para la cónyuge de la madre que da a luz. Porque aquella, por su sola manifestación de voluntad de ser tenida como madre, ante el Encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo, es tenida como madre legal. Lo cual es contrario, no sólo al expuesto ligamen de la maternidad con el parto, sino al valor atribuido al consentimiento; en general, en la propia LTRHA, que para producir efectos sobre la filiación debe referirse a la práctica de una concreta técnica de reproducción asistida".

Concluye estos párrafos temáticos sobre la determinación de la maternidad argumentando que "ni la previsión del art. 7.3 LTRHA puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidad, ni cabe negar que nuestro Derecho admite hoy, inexplicablemente, la doble maternidad por naturaleza".

Pina Pérez no deja de analizar, igualmente, la determinación de la paternidad que, como ya había anunciado antes, "no ha introducido un título nuevo, diferente a los recogidos en el Código". No obstante, la experta no duda en dar soluciones al respecto y puntualiza que "podría haberlo hecho, otorgando la condición de progenitor a quien manifestara su voluntad de serlo y accediera a cualquiera de las prácticas de fecundación asistida de una mujer concreta que la Ley admite con amplitud". Además, según Pina Pérez, "hubiera sido mucho más claro, y hubiera comportado la adición, a los títulos de determinación contemplados en el Código, de uno propio, especial, de la LTRHA". Sin embargo,

termina diciendo que "el legislador ha optado por una manera de proceder más sutil, más complicada, y a la postre más insatisfactoria, porque ha generado muchas lagunas legales".

Especifica que "más sutilmente, la mediación de técnicas de reproducción asistida requiere la consideración de un nuevo dato, exclusivo para este tipo de fecundación, que no siendo título de atribución de la paternidad, sí es determinante para la filiación del hijo". Expone que: "este dato viene dado por el consentimiento prestado por el varón para la práctica en la mujer de una determinada fecundación, consentimiento que la LTRHA requiere sea formal, previo y expreso (art. 8.1) a la fecundación con contribución de donante o donantes". No obstante, Pina Pérez puntualiza que: "ahora bien, dicho consentimiento no atribuye la paternidad: ésta se determina por los cauces habituales, esto es, por los establecidos en el Código Civil, en atención a la condición de casada o soltera de la madre. Si es casada, la presunción de paternidad del marido le determina como padre; si no lo es, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre, que obviamente podrá realizar libremente".

Al hilo de lo expuesto anteriormente, Pina Pérez vuelve a formularse otra pregunta: ¿Qué añade entonces el expuesto consentimiento previo a la práctica de las TRHA? Contesta esta pregunta de la siguiente manera diciendo que: "En el primer caso –filiación matrimonial-, la imposibilidad de impugnar (tanto la mujer como el marido) una filiación que no es conforme con la verdad biológica (art. 8.1); en el segundo –filiación no matrimonial-, la posibilidad de que, a falta de reconocimiento, sirva como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por la vía del expediente gubernativo (art. 8.2 LTRHA) y, si éste deviene contencioso, a través de una acción de reclamación que, lógicamente no será la contemplada en el Código, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica, sino otra distinta, cuya pretensión vendrá basada en dicho consentimiento".

Además, advierte Pina Pérez que la LTRA "en los casos excepcionales en que proceda, la revelación de la identidad del donante en ningún caso implicará determinación legal de la filiación: esto es, el origen biológico del material genético empleado nunca podrá alegarse para determinar la filiación y sus efectos jurídicos (art. 8.3)".

Seguidamente, Pina Pérez analiza el art. 9 de la LTRA que contempla la llamada fecundación *post mortem* y que regula los presupuestos bajo los que debe realizarse para que el hijo ostente la filiación del fallecido. De una forma muy clara expone que: "Con una notable amplitud, que contrasta con las restricciones presentes en el Derecho comparado, el legislador permite atribuir la paternidad al marido o conviviente con la madre no sólo si a su fallecimiento se encontraba el material reproductor (art. 9.1) ya implantado en el útero, sino también si el varón (marido o conviviente) hubiera prestado su consentimiento formal para la utilización de su material genético en un plazo de 12 meses posteriores a su fallecimiento. El legislador, además, presume prestado dicho consentimiento cuando antes del fallecimiento del varón se hubiere iniciado sobre la mujer un proceso de transferencia de preembriones ya constituidos (art. 9.2.2)".

Continúa analizando el citado artículo 9 de la LTRA y dice que éste: "Acoge sólo la fecundación *post mortem* con material genético propio del marido o conviviente fallecido, por lo que quedan fuera los casos de fecundación heteróloga de la mujer. Por consiguiente, ha de entenderse que el consentimiento para esta concreta fecundación sólo produce efectos *inter vivos*, y que la muerte del varón lo extingue. Con una excepción, la de la presunción contemplada en el art. 9.2.2: aun cuando resulta bastante absurdo extender los efectos de la presunción más allá que los del consentimiento expreso, el tenor de la Ley permite considerar que los preembriones constituidos antes del fallecimiento del varón pueden tener relación biológica con él o no. De manera que en este caso cabe atribuir la paternidad a quien ya ha fallecido y sin que tenga relación biológica con el hijo, nacido con contribución de donante (obviamente, previamente consentida conforme a las reglas generales expuestas) o de una donación de preembrión".

Son fundamentales las conclusiones a las que llega Pina Pérez. Concluye esta parte de la entrevista afirmando que: "las reglas especiales sobre determinación de la filiación se cierran, en el art. 10.3, con una norma aplicable a los supuestos de gestación por sustitución: Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Continúa exponiendo que: "Su sentido no se alcanza sino en relación con la nulidad del contrato de maternidad subrogada, y en contraste con la irrelevancia jurídica de la procedencia del material genético femenino. Si la

maternidad viene dada por el parto, la paternidad por el dato biológico, de modo que cabe reclamar la de quien aportó sus gametos para el contrato de maternidad subrogada, conforme a las reglas generales".

En la última parte de la entrevista de Pina Pérez la experta ahonda en los interrogantes que se crean en torno a la LTRA. Concretamente, se centra en cuatro.

La primera de los interrogantes que se plantea Pina Pérez es sobre la impugnación de la paternidad del padre no casado que consiente. La experta señala que "el silencio de la LTRHA en este punto demanda la aplicación analógica del art. 8.1, previsto para el marido. De ahí habremos de extraer una regla contraria a la impugnación de la paternidad por razón de inadecuación biológica cuando se consintió la fecundación heteróloga. Porque de otro modo, la aplicación de las reglas del Código reconducirá la respuesta a la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial (art. 140 CC.), que el Tribunal Supremo también, últimamente, ha considerado aplicable para los supuestos de reconocimiento no conforme con la verdad biológica".

A continuación, Pina Pérez analiza el porqué de la posibilidad de elegir al padre, que no al donante. En este sentido, dijo: "Si la mujer está casada con un hombre, la Ley exige, para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, el consentimiento de su marido, salvo separación legal o de hecho con constancia fehaciente (art. 6.3). Y ello tanto para la fecundación homóloga como heteróloga". Continúa exponiendo que: "Si la mujer no está casada, la Ley admite que se someta a dichas prácticas, lógicamente sin consentimiento adicional alguno, aunque conviva con un varón. Lo cual es lógico y razonable, y no puede aducirse seriamente que por ello incurra la Ley en discriminación, por el juego de la presunción de paternidad, que no existe en caso de parejas de hecho. En este caso, el hijo habido por la mujer sólo verá determinada legalmente su maternidad. Como ya he señalado, el art. 8.2 LTRHA sólo contempla el consentimiento del varón no casado para la fecundación con contribución de donante, que permite la determinación por la vía del expediente del Registro Civil".

Tras esta exposición, la experta se plantea una pregunta: "¿Significa eso que una pareja de hecho no puede recurrir a fecundación asistida homóloga, esto es, con gametos procedentes del varón?". A esto responde que: "De ninguna manera:

de nuevo, el legislador ha dejado una laguna legal que, en este caso, es de fácil resolución. El varón prestará en tal caso su consentimiento previo a la práctica de la reproducción asistida, que servirá, en caso de que tras el nacimiento no practique el reconocimiento, como escrito indubitado a efectos del expediente ante el Registro civil a que se refiere el art. 120.2 Cc. Y quedará además a salvo la acción de reclamación de la filiación, cuyo *petitum* sí se dirigirá en este caso a la prueba de la verdad biológica: en este caso, el consentimiento y el dato biológico coinciden. La impugnación de esta filiación, por otra parte, no resulta problemática, dada dicha coincidencia: no es necesario recurrir a la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA".

A continuación Pina Pérez matiza que: "Ahora bien, dado que la Ley admite como usuaria a la mujer sola, y sólo prohíbe la elección de donante de semen (art. 6.4 LTRHA), no hay impedimento legal alguno para que la mujer elija al "progenitor", entendido éste como padre con efectos legales. Esto es, la Ley sólo admite el nacimiento de hijos sin padre procedentes de donante anónimo. Quien se identifica ante una clínica de reproducción asistida y consiente en la fecundación de una mujer determinada con su semen no es un donante anónimo, sino un progenitor: alguien a quien podrá imputarse, y quien tendrá derecho a asumir, la paternidad con todos los efectos legales. De manera que el legislador, al no contemplar que el conviviente consienta la fecundación homóloga de la mujer, no está excluyendo dicha posibilidad: antes bien, está admitiendo que lo haga cualquier varón y no sólo el conviviente, pero con asunción entonces de las responsabilidades parentales, de las que sólo se exime al donante anónimo".

La tercera de las dudas que genera la LTRA y que se plantea Pina Pérez es sobre la situación jurídica del donante. La entrevistada expone que: "el tercer y último párrafo del art. 8 LTRHA trata de extraer al donante del ámbito de la filiación, explicitando que la revelación de su identidad en los supuestos excepcionales contemplados en el art. 5.5 no implica en ningún caso determinación legal de la filiación".

Después, Pérez Pina se plantea: "¿Qué significado ha de darse a dicha expresión?". A ello contesta que: "es obvio, con un mínimo conocimiento de los cauces jurídicos de determinación de la paternidad, que la revelación de la identidad del donante prevista en el art. 5.5 de la Ley, esto es, comunicada por la



clínica que practicó la fecundación, no constituye título alguno de determinación de la filiación".

Por último, concluye que "ello supondría una prohibición legal a cualquier cauce de determinación de la filiación en favor (o en contra, según se mire) del donante, tanto judicial como extrajudicial. Prohibición que podría considerarse jurídicamente admisible cuando el hijo tuviera ya determinada una filiación paterna, pero no tanto cuando careciera de ella, bien *ab initio*, bien por haber sido ulteriormente impugnada con éxito (fecundación de mujer no casada, o de mujer casada con contribución de donante anónimo sin consentimiento del marido). En la hipótesis de que éste contara con la aquiescencia de la madre, dado que el art. 7.2 LTRHA prohíbe cualquier constancia registral del carácter de la generación, no hay medio ninguno para impedirlo. De modo que dicha supuesta previsión legal sería papel mojado. A falta del asentimiento de la madre, la eficacia del reconocimiento dependerá de la aprobación judicial, suscitándose ante el juez la alternativa de aplicar la filosofía de la LTRHA (que no una norma expresa contenida en ella) y dejar al hijo sin un padre existente, o ratificar un reconocimiento veraz".

La cuarta disertación que hace Pina Pérez es sobre los derechos del hijo nacido mediante TRHA. La experta valora que "el CC otorga al hijo en la regulación de la filiación, y en lo relativo a su determinación, concretándose en la amplia legitimación que se le reconoce para el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación [...] Según ha quedado expuesto, la Ley parte de la aplicación del Código, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos (art. 7.1 LTRHA), han de entenderse aplicables las previsiones de aquél en cuanto al hijo".

Finalmente, Pina Pérez concluye lo siguiente que: "a) Podrá ejercitar las acciones de impugnación de la paternidad contra quien por consentir se convirtió en padre por su sola voluntad: recuérdese que la Ley sólo niega legitimación a tales efectos a la mujer progenitora y al marido, en declaración que hemos debido entender aplicable en general al varón que consiente (art. 8.1 LTRHA)" y que "b) La posible legitimación del hijo para reclamar la paternidad al donante nos sitúa ante el mismo problema mencionado en el sub-epígrafe anterior, que resulta aún más evidente desde la perspectiva de aquél. Sólo advertir que cabe una

interpretación analógica de lo dispuesto para los hijos adoptivos, quienes pueden ejercitar la acción para la determinación de su filiación biológica sin incidencia alguna sobre la adopción (art. 180.4 CC.)".

Su exposición tan clara, nos obliga a preguntarle su valoración de la ley, y a qué conclusiones podríamos llegar. Pina Pérez expone lo siguiente: "Cuanto ha quedado expuesto justifica calificar esta Ley, desde consideraciones de estricta técnica jurídica, sin entrar en las filosóficas, como a) contradictoria, por prever su integración con las normas civiles generales, basadas en el principio de verdad biológica, sistemáticamente desatendido en ella; b) falta de técnica, por desconocer el funcionamiento propio de los títulos de determinación de la filiación; c) insuficiente, por sus clamorosos silencios, que obligan a una difícil labor interpretativa; d) voluntarista, por tratar de imponer la voluntad sobre la realidad misma (doble maternidad por naturaleza); e) imprudente, por permitir el nacimiento de hijos sin padre (fecundación post mortem, de mujer sola) y, en general, desatender cualquier consideración sobre el interés del hijo más allá de su propio nacimiento, focalizando exclusivamente la regulación sobre los intereses de los usuarios de las técnicas y las clínicas que brindan su aplicación".

7.2.4. D. FRANCISCO JOSÉ CODOÑER GÓMEZ-FERRER. FILÓSOFO Y LICENCIADO EN DERECHO.

Después de las tres entrevistas con expertos que conocían en profundidad la Ley con relación a su trabajo diario como expertos en derecho, deseábamos tener un punto más filosófico. No fue fácil, pero tampoco imposible el contactar con un experto que fuera licenciado tanto en filosofía como en derecho, que además con sus 52 años y en la actualidad siendo funcionario del Grupo A de la Administración local, destacando su brillante desarrollo profesional como Urbanista y Secretario de Ayuntamiento , tuviera conocimientos de la controversia que genera la Ley sobre Reproducción Asistida en España.

Pude contactar con Francisco José Codoñer Gómez-Ferrer, mediante una llamada telefónica, ya que él presenta este perfil y explicarle que deseaba realizarle una entrevista sobre la ley sobre la RHA actual, para que pudiera formar parte de mi doctorado.

Su respuesta fue afirmativa, pues conocía el procedimiento judicial de un compañero que había tenido unos niños mediante TRA, y que ahora deseaban inscribirlo en España, había leído la Ley de forma minuciosa y comprendía que la misma debería modificarse pues no se ajusta la realidad jurídica y social en estos momentos, donde cada día se avanza más en esta materia y los demás países europeos tienen sentencias contradictoras a las dictadas por nuestros tribunales superiores de justicia.

Con esta respuesta nos emplazamos para realizar el trabajo. El día señalado, nada más vernos me empieza a comentar que sus respuestas serán demasiado críticas. Comenzamos a preguntarle sobre puntos no tratados por los otros expertos y que eran de interés para la investigación.

Vamos a presentar, de una forma ordenada, las respuestas que obtuvimos. En primer lugar, Codoñer Gómez-Ferrer empezó a hablar sobre el mecanismo de actualización de las TRA. Nuestro experto expuso que esto "se regula en el artículo 2. La Ley establece las técnicas en el anexo, disponiendo que si se quiere añadir otra técnica tiene que haber un previo informe favorable de la CNRHA, una autorización de la autoridad sanitaria para su práctica provisional, y finalmente, si queda acreditada científica y clínicamente la técnica, el Gobierno la incorporará al anexo".

Posteriormente, añadió que: "es el Gobierno el que, mediante una norma reglamentaria, incorpora nuevas técnicas en el anexo al margen de cualquier discusión ideológica. En mi opinión la competencia para introducir nuevas técnicas no debiera recaer sobre el Ejecutivo (una sola ideología), sino en el legislativo (Parlamento español), que es donde están los representantes de las distintas ideologías como expresión de la soberanía popular, lugar en el que se debe debatir y votar sobre la inclusión o no de nuevas técnicas".

Seguidamente, Codoñer Gómez-Ferrer analizó la intervención de los poderes públicos en el ámbito privado. En este sentido, expuso que: "la intervención se limita a compensar (equilibrar) la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar estas técnicas y quienes las aplican, creándose el Registro de Actividades de los Centros de Reproducción Asistida". Además, en la entrevista añadió que: "el artículo 5.3. se establece que la donación

nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, posibilitando una compensación resarcitoria al donante por molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales. En mi opinión, dichas compensaciones resarcitorias o no debieran existir o debiera establecerse un límite económico de general aplicación".

El entrevistado no duda en abordar temas que generan polémica y que alimentan el debate social como es la gestación por sustitución. Así, el entrevistado entre de lleno de y forma clara sobre el tema y expone que "el artículo 10, que establece la nulidad del contrato en el que se convenga la gestación con renuncia de la madre a la filiación. En algunos países, como el Reino Unido o algunos estados de los Estados Unidos, se permite esta técnica de gestación por sustitución, que supone una subrogación en la filiación. En mi opinión, debiera existir una normativa europea unificada que permitiera esta técnica que daría respuesta a la demanda de descendencia de parejas de homosexuales o de padres solteros".

Contrariamente a lo que hicieron otros expertos, Codoñer Gómez-Ferrer analizó la CNRHA. Sobre ella comentó que era el artículo 20 el que regulaba su objeto, composición y funciones y entró profundizó en las carencias que tiene. Expresó abiertamente que eran varias las faltas que tenía este organismo exponiendo que: "a) No se establecen los requisitos académicos y profesionales para formar parte de la Comisión, ni el período de duración en el cargo; b) En cuanto a los grupos que los designa, se establecen los siguientes: el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas, las distintas sociedades científicas [y] las entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de las técnicas".

Finalmente, sobre este tema concluye diciendo que: "debiera ser objeto de debate la determinación de los grupos que pueden designar a los miembros de este órgano consultivo, y una vez determinado establecer el porcentaje o cuota de representación de cada uno de los grupos". En su opinión "al ser un órgano consultivo dirigido a asesorar y orientar, actualizar y difundir la utilización de las TRA, así como elaborar criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde estas técnicas se realizan, debiera ser predominante la representación de las sociedades científicas, con exclusión de sectores políticos y éticos-religiosos".

Al concluir su entrevista, sus últimas palabras estuvieron dedicadas a analizar la aplicación de las TRA en los centros públicos y privados. Lo primero que comentó al respecto fue que "existe una gran desproporción entre centros públicos y privados que aplican éstas técnicas: sobre un total de 203 centros autorizados, 165 son privados y 38 públicos". Así, no dudó en decir que los centros públicos estaba un poco descuidado por los gobiernos al decir que en éstos "las listas de espera, así como los recortes en sanidad y la limitación en la edad para recibir tratamiento, hace que sólo aquellos que cuenten con recursos económicos suficientes puedan tener acceso a estas técnicas".

Termina dando una recomendación al decir que: "debiera considerarse una mayor aportación de medios económicos, humanos y materiales para los centros públicos que permitan un acceso universal a dichas técnicas".

Además que la falta de coherencia deliberada y enmascarada con la propia jurisprudencia es porque esta ley incita a errores por una parte deja la creación de niños probeta y por otra se olvida que estos niños son personas, y cuando nacen parece no tener los mismos derechos que un hijo que nazca de forma natural sin estas modernas técnicas de reproducción humana.



### 7.3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Primeramente, antes de entrar a valorar las conclusiones de las entrevistas realizadas a expertos, que se van a exponer por temas y en donde se remarcarán las ideas que se consideran más importante de las reflexiones de los expertos, se van a presentar dos tablas en donde se recogen las preguntas, formuladas literales, que se han presentado a cada uno de los expertos.

Si bien es cierto que cada uno de ellos ha opinado sobre los temas planteados ya sea de manera directa o indirecta, se ha priorizado, en todo momento, el que la entrevista fuera abierta y no fuera una estructura cerrada que dificultase la expresión de los expertos. En este sentido, al no estar rígidamente estructurada, sus respuestas han sido más libres constituyendo algunas de ellas verdaderos ensayos y nutridas reflexiones sobre la LTRA.

Por otra parte, de lo dicho por los expertos en materia jurídica, sobre la Ley 14/2006, sobre TRA, se deducen las siguientes conclusiones fundamentales:<sup>1</sup>

**a) Existe una incidencia clara de esta ley en materias tan importantes como el derecho de sucesión**, derecho consagrado en la CE en el artículo 33.1, donde se reconoce el derecho de propiedad privada y a la herencia, como derechos y deberes que tienen los ciudadanos en España.

La sucesión es un derecho privado situado en nuestro CC como un derecho de familia, que se concreta, en primer lugar, por la voluntad del causante, pero con la existencia de unas normas imperativas a favor de ciertos familiares, y también normas supletorias en el caso que el causante no haya dispuesto algún destino *mortis causa* de su patrimonio. De ahí que se entienda como un derecho de familia.

En España, según nuestro CC existen 3 formas reguladas: La sucesión testamentaria o voluntaria, la forzosa y la intestada. A pesar de que alguna comunidad autónoma como Aragón, Navarra, y la tierra de Ayala tienen excepciones a la norma general, en España se garantiza a ciertos familiares una reserva de cuota, a la que llamamos legítima.

---

<sup>1</sup> Se recogen las opiniones generales del conjunto de los expertos. No obstante, se es consciente de que algunos de ellos, en algunos momentos de su intervención, se han mostrado contrarios o disconformes a conclusiones que aquí se presentan.

Teniendo en cuenta el Derecho Civil Común en nuestro ordenamiento junto a los Derechos forales o especiales de alguna comunidad es necesario conocer la vecindad civil, para el hecho de suceder, y las acciones de filiación.

En el Derecho Común nos encontramos con los artículos que van desde 136, al 141, donde el marido y los hijos matrimoniales, o no, puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, y si fallece sus herederos. También la mujer si justifica la suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo. Luego se recoge en el artículo 140 del CC:

Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.

Como vemos en ningún momento nuestra Ley de Ritos vigente, recoge la filiación de los hijos nacidos mediante TRA. Sin embargo, en la ley estudiada en su artículo 9, nos dice:

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 pre-embiones 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 artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Al indicar que el material reproductor puede utilizarse en los 12 meses siguientes, ello hace que la sucesión hereditaria tenga que no realizarse hasta saber si la esposa va a desear en ese plazo quedarse embarazada, por lo que el tracto sucesivo estaría en suspenso durante un año, que no sería la opción más adecuada, pues perjudicaría al tracto jurídico, incluso podría desaparecer parte de la herencia por diferentes motivos.

Soluciones planteadas:

1. Excluir de los efectos de la filiación los derechos sucesorios, salvo reserva expresa, revisando el régimen legal de las legítimas, que deberá cambiar.
2. Imponer la inscripción de dichos consentimientos en un Registro de Actos de Últimas Voluntades.
3. Crear un registro específico, de consulta restringida, en el que se inscriban tales consentimientos, que el notario deberá consultar como persona autorizada para la adjudicación de la herencia.

**b) Un hijo nacido mediante las TRA, tiene los mismos derechos que el hijo nacido por el procedimiento natural.**

Y esto es debido a la aplicación del artículo 29 del CC, donde no hace distinción por razón de la forma de ser concebido.

Indica el mismo artículo que: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

Tras la reforma introducida por la Disposición Final 3a de la Ley 20/2011 de

21 de julio del RC esas condiciones son: 1) el nacimiento con vida y 2) el entero desprendimiento del seno materno. Si no tuvieran los mismos derechos se infringe artículo 14 de la CE que dice:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

**c) El concepto de preembrión: Es un concepto no claro, que intenta transmitir que tras la fecundación no existe un individuo diferenciado.**

Hay dos posturas enfrentadas, pese a los avances de las ciencias biológicas en esta materia.

1) En el mismo momento de la fecundación existe un nuevo individuo de la especie humana, y por lo tanto persona.

Desde el punto de vista científico, nada se aclara, para tomar esta determinación jurídica que en opinión de nuestro experto y otros autores nombrados, simplemente es una forma de justificar la muerte de un ser humano, que se encuentran desprotegidos por las leyes actuales, que no trata al embrión con la dignidad que se merece, por el mero hecho de su utilización como preembriones para la investigación.

La protección que se dispensa en España al embrión no es la adecuada en la medida que se le niega la condición de persona.

2) Que en algunos países europeos, y en España especialmente, sus legislaciones plantean que la vida del embrión antes de la implantación pueda ser un nuevo ser humano, llegando a un consenso, donde el embrión humano sólo es hasta el día 14 una "cosa" u "objeto", que puede ser manipulado por no tener la categoría de persona, y a este periodo es el que han llamado preembrión.

En España desde la Ley 14/2006, sobre la RHA, se introduce el concepto de preembrión como indica en la exposición de motivos de la misma, "entendiendo como tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

**d) El destinar los preembriones crioconservados a la investigación afecta a la vida.**

La utilización de los preembriones crioconservados sí afecta a la vida, desde

el momento que pueden ser utilizados para la investigación y a ser destruidos. A estos preembriones sobrantes se les denomina supernumerarios.

Entendemos la necesidad que para un verdadero progreso científico de la humanidad deben ponerse unos límites éticos.

Si partimos que desde la fecundación hay vida humana, desde ese momento hay un ser humano que debería ser titular del derecho a la vida, por lo que la utilización de preembriones criopreservados para la investigación afecta directamente al derecho de la vida.

Existe un gran fallo legislativo en España, donde la ausencia de regulación en la protección al embrión y la posibilidad que da la ley sobre la RHA pone en crisis los derechos humanos, esencialmente el derecho a la vida.

Cualquier norma que permita la cosificación de embriones, su utilización como material de investigación o cualquier destino incompatible con la dignidad humana constitucionalmente garantizada incurre en una profunda injusticia que necesariamente deberá ser remediada.

El embrión llamado preembrión pasa a ser en nuestra legislación un instrumento al servicio de un fin, que es indiferente de su desarrollo como persona: la criopreservación agrava la dignidad humana y atenta contra los derechos de la persona que va a nacer. No hay dudas que los embriones supernumerarios, o sobrantes, se encuentran en una situación de abandono a su suerte. Es un tema muy delicado que debería ser regulado de forma más adecuada a la dignidad de la persona.

**e) La determinación de la filiación de los nacidos mediante TRA responden a reglas especiales, contenidas sobre la materia, que exceptúan el régimen del CC.**

El CC fue modificado mediante la Ley 11/1981 de 13 de mayo, abordando la filiación por naturaleza, posteriormente con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se establece una nueva regulación para la adecuación de la filiación adoptiva.

Actualmente, no hay una legislación clara sobre la filiación de personas nacidas con estas técnicas, tan solo lo indicado en el artículo 7.1 LTRA bajo el título "filiación de los hijos nacidos con las TRA" reconduciendo su regulación a las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos de dicha ley.

En nuestro derecho español, el CC no es una ley de aplicación subsidiaria, es nuestra Ley de Ritos, de aplicación directa, por lo que tendremos que esperar a que el legislador se de cuenta de este error y cree una nueva clase de afiliación que deberá unirse a la filiación por naturaleza y la adoptiva.

Esta nueva filiación deberá aclarar una serie de lagunas legales existentes en estos momentos, sobre cómo se deberá establecer dicha filiación desde las diferentes posibilidades existentes, determinando la maternidad no solo mediante el parto, sino en otros casos. Como por ejemplo cuando son dos mujeres las madres debido a que una pare y otra, siendo su esposa civilmente, también se le considera madre si realiza dicha manifestación ante el encargado del Registro Civil correspondiente.

También sería necesario la regulación de cómo determinar la paternidad y regular de forma más clara y precisa ese consentimiento tanto *inter vivos* como en el plazo de 12 días después del fallecimiento, es decir en la fecundación *post mortem* con el material del marido o de aquel que hubiera dado su consentimiento de forma fehaciente.

Si hay una posibilidad jurídica de la reclamación de paternidad a los padres biológicos, mediante las reglas generales, debe de regularse de forma más concreta en casos excepcionales en los se podrá investigar la paternidad.

Aunque la ley no lo contempla, el conocimiento del padre biológico, en esos casos hará que nada pueda impedir que se solicite su reconocimiento legal como hijo, con la aquiescencia de la madre, de modo que la previsión legal ahora existente sería papel mojado si se nos permite dicha expresión, siendo necesaria la aprobación judicial, suscitando al juez la alternativa de aplicar la filosofía de la LTRA, o ratificar el reconocimiento veraz .

Con lo que la valoración de esta ley en este aspecto tan importante como la filiación, saber quién es mi familia, presenta ser:

- Contradictoria.
- Carente de técnica legislativa.
- Insuficiente por la dificultad interpretativa.
- Imprudente, por permitir el nacimiento de hijos sin padre.

**f) La Ley da todo el poder al gobierno y la CNRHA, en la aplicación de**

**esta ley.**

El gobierno y la CNRHA, la cual no se establece los requisitos académicos ni profesionales para formar parte de la comisión, ni los porcentajes de los diferentes grupos que anuncian, son los responsables de la aplicación de esta ley, quedando al margen los científicos en biología, medicina bioquímica y otras especialidades científicas.

**g) Que a pesar de la prohibición de tener carácter lucrativo para los donantes, no es más cierto la contradicción del artículo 5.3** en donde posibilita una compensación resarcitoria al donante por las molestias físicas, gastos desplazamientos y laborales, que en resumen no se indica con que límites y se podría enmascarar el carácter lucrativo.

**h) La gestación por sustitución está prohibida en España mediante esta ley,** sin embargo no ha sido suficiente para que personas hayan utilizado esta técnica para tener hijos en otros países. La unificación de doctrinas en Europa en este sentido no existe, dando en otros países respuesta a la demanda de parejas del mismo sexo mientras que en España no se permite la inscripción de la filiación de los recién nacidos mediante este procedimiento.

**D. La proporción de centros públicos y privados que realizan o aplican estas técnicas son desproporcionados,** siendo, actualmente, el número de autorizados 203, los privados 165 y 38 los centros públicos. Convirtiéndose en una ley que fomenta que sean personas con recursos económicos los más beneficiados con esta ley, creando una desigualdad con todos los ciudadanos españoles.

Concluyendo, algunos de nuestros expertos, incluso, han aportado posibles soluciones legislativas. Para Borrell cabría tres posibilidades:

A) Una radical. Excluir de los efectos de la filiación los derechos sucesorios, salvo que el donante del esperma haya hecho reserva de éstos en título adecuado.

B) Quizá la más sencilla: imponer la inscripción de dicho consentimiento en el Registro de Actos de Última Voluntad, lo que no tiene porqué implicar que se haga en testamento.

C) Crear un registro específico, de consulta restringida, en el que se inscriban tales consentimientos; y prever que para la adjudicación de la

herencia, el notario, como se hace actualmente, a título de ejemplo, con el registro de contratos de seguro, consultará telemáticamente dicho registro para asegurarse de que no existe pendencia de una situación como la expuesta.

A modo de resumen de lo indicado por nuestros expertos todos ellos coinciden en la necesidad de modificar esta ley que no da soluciones a temas tan importantes como la filiación, el derecho de sucesiones y de familia, a la protección de la vida desde su concepción debido a la definición de preembrión que no es un concepto claro que intenta transmitir que tras la fecundación no existe individuo diferenciado hasta el día 14. Como concepto tramposo que con ello se consigue destruir preembriones afectando a la dignidad humana, es una ley que deja todo en manos del gobierno, y la CNRHA sin respetar el poder legislativo, además que no se toma en consideración las investigaciones científicas. Tampoco regula de forma apropiada el carácter no lucrativo de la donación, dando la opción de una compensación económica, dejando que centros privados tomen algo tan serio como la fecundación de una nueva persona como si de un negocio se tratara. Tan solo personas de un alto nivel económico son las que beneficia esta ley, parafraseando a nuestra experta D<sup>a</sup> Beatriz Pina la ley es contradictoria, falta de técnica legislativa, insuficiente por la dificultad interpretativa, imprudente, por permitir el nacimiento de hijos sin padre y, sobre todo, como ha mencionado el experto D. Francisco Javier Gómez-Ferrer que el concepto de preembrión, es un concepto no claro, que intenta transmitir que tras la fecundación no existe un individuo diferenciado. Desde el punto de vista científico nada se aclara, para tomar esta determinación jurídica que en opinión de nuestro experto y otros autores nombrados, simplemente es una forma de justificar la muerte de un ser humano, que se encuentran desprotegidos por las leyes actuales, que no trata al embrión con la dignidad que se merece, por el mero hecho de su utilización como preembriones para la investigación. La protección que se dispensa en España al embrión no es la adecuada en la medida que se le niega la condición de persona.

### 8.1. CONCLUSIONES

1-Con la LTRHA 14/2006 aprobada en España, muchas personas se amparan en las mismas pensando que existe un derecho a la procreación y que este derecho no tiene límites. Después de estudiar y analizar diferentes trabajos y plantearnos si la paternidad es un derecho o es un don, hemos visto que si es un derecho, se puede realizar cualquier procedimiento para tenerlo, sin embargo, si es un don, éste no puede ser otorgado y no se debe emplear el avance de la ciencia para suplantar a los designios naturales, éticamente en el empleo de las TRHA se antepone el deseo de ser padres al hecho de que el hijo no nazca por un procedimiento digno, acorde a la esencia de la naturalidad y dignidad de la persona y, a veces, incluso, a que el nacido no conozca a su padre biológico. Se puede tener derecho a poseer las cosas, los objetos, una vivienda digna, etc., pero un hijo no es objeto, sino que es un sujeto y, por tanto, el empleo de TRHA están convirtiendo al hijo en un objeto.

Hay que concluir exponiendo que el hijo es un don, más que un derecho propiamente dicho, y si se considera un derecho que se puede ejercer, éste, en todo momento, debe estar controlado por los límites que impone la dignidad humana de la persona.

2-Los métodos de procreación artificial no curan la esterilidad, e infertilidad, tan solo se dirige a satisfacer el deseo de tener hijos, unido a la modernidad del placer y del individualismo, las personas que se han sometido a un tratamiento de infertilidad continúan siendo estériles.

3-La posibilidad de procrear mediante TRHA ha llevado a la doctrina a plantearse si existe un verdadero derecho a la utilización de estas técnicas. Ahora bien, como se ha señalado, entrar en la cuestión de si las personas tienen derecho a tener hijos, y en particular, si se puede reclamar el derecho a recibir ayuda para tener los hijos que se desean, plantea un debate que nos lleva necesariamente al ámbito de la moral en un sentido público y social, puesto que los derechos no son simplemente una cuestión de conciencia individual, ya que la reclamación de un

derecho es un acto público, que exige su ejercicio y reconocimiento, no solo para el sujeto que lo demanda sino también para los demás.

A modo de conclusión la utilización de las TRHA plantea muchas dudas sobre su configuración ética y jurídica. En líneas generales, se pueden reducir a la dualidad de encuadrarlas, bien como la manifestación de un derecho a procrear, o bien como una expresión del derecho a la salud.

4-Se ha profundizado en el estatuto jurídico del embrión así como en la idoneidad ética de las TRHA, y a modo de conclusión en la LTRA hay que recordar, que los óvulos sobrantes pueden ser destruidos, crioconservados o fecundados. Estas prácticas dejan abierta la puerta a que se pueda investigar con ellos, con una vida humana. Además, el triste final de los embriones sobrantes puede ser la destrucción con lo que se está atacando la dignidad del ser humano de una manera deliberada.

En este sentido indicamos las objeciones éticas que plantea:

- a) El carácter no natural.
- b) Las posibles consecuencias.
- c) La no implantación de los embriones obtenidos y el aborto de los implantados.
- d) La finalidad de los embriones sobrantes que pueden ser congelados, donados o destruidos.

Las consecuencias que se aprecian es que, actualmente, se hace referencia al derecho a ser padres o al derecho de tener un hijo, olvidándose el derecho fundamental a la vida, desprotegiendo el niño que va a nacer.

Se está perdiendo el derecho de familia que está reconocido en la CE, que ha sido el núcleo fundamental de la sociedad y el lugar ideal para el desarrollo de los seres humanos.

5-Hay que encontrar un equilibrio entre la aplicación de esta Ley y, por otra, el cumplimiento de la protección de los derechos humanos. Los científicos no puede definir claramente sobre el inicio de la vida.

6- Las posibilidades de experimentación que, en la actualidad, ofrecen los embriones obtenidos *in vitro* han hecho renacer la polémica en torno a la protección que merece la vida del embrión frente a los intereses que rigen la



promoción de la investigación en aras del avance científico, originando un debate en el que se contraponen posiciones marcadas y tensamente enfrentadas. Por otra parte, no cabe desconocer que los expedientes jurídicos de protección del *nasciturus*, analizados precedentemente, en la actualidad se presentan como instrumentos a todas luces insuficientes –también, en cierto sentido, obsoletos– ante los nuevos retos científicos, propiciando en el orden civil, incluso el cuestionamiento de la validez de las tradicionales fórmulas legales utilizadas para determinar el comienzo de la personalidad humana y la correlativa posibilidad de atribución de la titularidad de los derechos subjetivos.

8- La protección ofrecida al *nasciturus* es de todo punto insuficiente :

En primer lugar, resulta evidente que el planteamiento precedentemente considerado por el que se hace gravitar la defensa de la vida prenatal sobre la figura del *nasciturus* según su diseño tradicionalmente defendido por el Derecho Civil resulta insuficiente y demanda una revisión.

En segundo lugar, que el exigido replanteamiento no puede hacerse desde otra perspectiva distinta que la ofrecida por las coordenadas legalmente vigentes, lo cual conduce necesariamente a una atenta exploración del marco jurídico diseñado.

Pero, quede constancia, en todo caso, de que el camino hacia la construcción de un estatuto jurídico del embrión no pasa por consideraciones abstractas sino que necesariamente ha de vincularse a un concreto ordenamiento jurídico.

9-La Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite concluir un balance significativamente desfavorable en la protección jurídica de la vida humana prenatal. En efecto, la regulación legal opera en dimensiones de destacado relativismo valorativo en la ponderación de intereses que ordinariamente resulta pernicioso para el embrión, considerado, desde esta perspectiva, como objeto de valoración y no como potencial sujeto de derechos. Desde tales premisas no resulta exagerado afirmar que el embrión, lejos de constituir una vida emergente aparece revestido de una elevada siniestra probabilidad de muerte. El ser humano concebido pasa así de *nasciturus* a *moriturus*. Y la opción por la que se decide si la vida antenatal debe proseguir o no queda a expensas del ejercicio de un poder por parte de quien sí ha podido consolidar su posición de sujeto de

derechos. Pero el valor de la vida humana y su dignidad no es cuestión de requisitos ni plazos, ni puede hacerse depender de criterio alguno de viabilidad. La vida es un continuo biológico en cuya valoración no es dable hablar de etapas: lo que soy hoy es porque un día fui embrión y pude evolucionar hasta este día, sin perder calidad en la categoría de ser humano desde la fecundación, natural o asistida mediante técnicas, pues a estos efectos tal matización resulta irrelevante.

Lamentablemente, no es éste el planteamiento deducido de la legislación vigente que falazmente hace prevalecer la promoción de la investigación frente a la protección del embrión al que se le niega apriorísticamente su posible condición de persona. Según lo expuesto en nuestra investigación, actualmente se sigue debatiendo sobre la necesidad de otorgar el *status* que se merece el embrión, estando su protección sujeta al derecho. Se puede decir que en la sociedad actual desde que se aprobaron las leyes de la RHA éstas fueron aceptadas de forma generalizada. Por ello, se piensa que si existen leyes es porque éstas están bien. Sin embargo, en esta aceptación de las leyes no se entra en el trasfondo desde concepciones morales y éticas.

10-. El TS, y confirmado por el TC, indica que el embrión es un bien jurídicamente protegido pero que no puede considerársele una persona ni un individuo y, por tanto, no posee la titularidad de derechos fundamentales. La vida es un derecho fundamental ligado al nacimiento y la doctrina del TC limita la protección del ordenamiento jurídico a las personas. España no ratifica la Declaración de Naciones Unidas sobre la clonación, con lo que se aleja de la tendencia universal de las naciones a proteger la vida del ser humano desde el primer momento de la concepción. La legislación actual en España no resuelve los problemas éticos que se plantean.

11-La reproducción asistida es una técnica por lo general más aceptada socialmente que otras como puede ser el aborto, no suele aceptarse fácilmente ni la maternidad de alquiler ni la aplicación de estas técnicas como medio para dar hijos a parejas de hombres o mujeres homosexuales. A pesar de todos los aspectos aparentes beneficiosos que puede contraer la reproducción asistida a la reproducción humana, debe ponerse de manifiesto la existencia de otras opciones alternativas, como la adopción, opción bastante buena socialmente, debido al alto número de niños huérfanos que hay en el mundo, y debe considerarse que las tasas de éxito de la IA son bajas, y si fracasan se tiene que aceptar la esterilidad

de forma más que definitiva.

Tanto la ciencia como el conocimiento son privilegios del hombre y como tales pueden ser de gran ayuda en la potenciación del mismo y en su avance y desarrollo; así como también puede la debacle de la raza dependiendo del uso que se haga del conocimiento. Se podría llegar a resultados monstruosos y hoy en día impensables aunque no imposibles tales como la selección de razas, mejora de individuos para lograr la creación artificial de un superhombre, seres clónicos, etc. Es necesario establecer límites a las prácticas, puesto que no deben admitirse como lícito todo aquello que sea técnicamente posible.

12-No podemos olvidar la considerable importancia que la ley atribuye a la CNRAH, a la que le confía, entre otras cosas, la labor de emitir informes sobre las nuevas técnicas que en el futuro puedan ir apareciendo, de manera que las autoridades sanitarias podrán autorizarlas sin necesidad de cambiar constantemente la ley.

13-La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 26 de junio de 2014, caso *Mennesson c. Francia* (nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (nº 65941/11) argumenta la negativa al reconocimiento de la maternidad subrogada en la protección de la dignidad de la mujer gestante y de los niños de las gestación.

14-Sobre la inconstitucionalidad de la ley anterior a la vigente el presidente fue quien decidió en último lugar el fallo de la misma, debido a un empate de seis contra seis. Por un lado, se pronuncia sobre la vida, indicando que comienza con la gestación y que termina con la muerte, es decir que el TC acepta totalmente la vida del *nasciturus* como un bien jurídico protegido por el artículo 15 de CE. Por otra parte, en sus fundamentos 5, 6 y 7 rechaza que la titularidad de tal derecho indicado anteriormente le corresponda, debido a que esa protección no tiene carácter absoluto y debe estar sujeto a limitaciones.

15-El artículo 15 de la CE reconoce, efectivamente, como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, del que únicamente son titulares los nacidos., sin embargo las sentencias estudiadas sobre esta materia, nos indican que esta titularidad no se extiende, por tanto, a los no nacidos, a los *nasciturus*, como ya declaró la STC 53/1985, de 11 de abril. Ello no significa, naturalmente, que no gocen de la protección del artículo 15, pues estamos ante un bien jurídico

constitucionalmente protegido, la vida. Si bien, como observa la jurisprudencia constitucional, "no cabe, [...] en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídicamente protegido en el sentido del artículo 53.2 de la CE ", como dice la STC 212/1996. En esta sentencia se declara, precisamente, que no hay reserva de ley orgánica respecto de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

La falta de respuesta de nuestro más alto tribunal, nos hace pensar que estos planteamientos debían abordarse con más coherencia jurídica y ética, considerando una reforma en nuestro ordenamiento jurídico que pueda enfrentarse a los bruscos y radicales cambios que suscitan las TRHA.

16-En las sentencias analizadas sentencias nos hacen reflexionar y ver que no se hace una mención meridiana de lo que debe suceder con los embriones sobrantes. Tampoco aclara cómo valorar esa viabilidad o no viabilidad, si se desaconseja su transferencia para procrear y cuál va a ser su destino, si la investigación o simplemente su destrucción.

Solo un voto particular dijo: "lamento discrepar del criterio expresado en la sentencia, por cuanto entiendo que la misma debió pronunciar la inconstitucionalidad de los preceptos o prescripciones singulares que al final señaló por opuesto el artículo 15 de la CE, según la doctrina de este mismo TC en la STC 53/1985, incluso en la totalidad de la ley porque esta no se elaboro de forma de Ley Orgánica". En la segunda sentencia comentada aunque dijo que estimaba parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, solo afecto a dos artículos 12.2 en su inciso final, y al artículo 20.1, con la adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta ley.

Sin embargo, debemos recoger el voto particular de dos magistrados que indicaron que, a su juicio, sí era inconstitucional al extraer estas conclusiones, que la dignidad de la persona es un valor fundamental, argumentando que la dignidad de la persona se encuentra en la base, en el sentido de cimiento o apoyo principal, del orden político y de la paz social que la CE formaliza, y que la dignidad de la persona se vertebraba con derechos inviolables que, como tales, son inherentes a ella.

17- La STC 116/1999 amplió la protección constitucional a la realidad del

embrión *in vitro*. Aunque sin proceder a la revisión de la doctrina constitucional que, en este punto, bien podría haber quedado fijada con mayor precisión, considerando, en todo caso, que la situación del embrión *in vitro* integra una realidad diferente hasta que se produzca la transferencia a la mujer y la consiguiente implantación, habida cuenta de que el cigoto resultante por sí mismo carece de capacidad de desarrollo hasta que se implante en el útero de la mujer.

Tal circunstancia determinó que la STC 116/1999 destacara que el embrión *in vitro* presenta una situación de protección constitucional diferente a la del embrión ya implantado, al declarar que "como queda afirmado con reiteración, los embriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno" (Fundamento Jurídico número 12º).

En todo caso, no cabe desconocer que la STC 116/1999, desde un enfoque criticablemente simplificador, incluye a gametos –sobre los que se justifica que las experiencias se verifican antes de la fecundación y, en todo caso, de manera excepcional y con muchas cautelas; fundamento jurídico 7º– y preembriones en la categoría jurídica de "material reproductivo". Es decir el elemento de valoración objetiva, a los efectos de justificar la disposición de ese material por parte de bancos "debidamente autorizados y controlados", como dice el fundamento jurídico 11º, sin llegar a ofrecer soluciones a las cuestiones que plantea la utilización de los gametos –no digamos preembriones– en relación con la dignidad de la persona.

18- Desde el punto de vista jurídico, Ley 14/2006 de 26 de mayo, de TRHA contradictoria por integrar la misma en unas normas civiles que si bien son de naturaleza de un principio fundamental como el derecho a la vida, donde no se sabe bien cómo va a funcionar la filiación de esos niños que van a nacer mediante estas nuevas técnicas, sin saber su verdad biológica, que por otra parte la propia norma indica el derecho a los hijos de saber su origen.

Se muestra insuficiente y de muy difícil interpretación imponiendo en algunos casos la doble paternidad, permitiendo incluso el nacimiento de hijos sin padre, al permitir la inseminación de una mujer sola, sin padre. Sin olvidar que la ley se ha olvidado del interés del recién nacido, ese hijo que llega a la vida.

19- En España, debido a formar parte de la Unión Europea, hemos tenido

que trasponer la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo, sobre las normas de calidad, seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y distribución de las células y tejidos humanos, y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Todo ello es debido a una sentencia de 30 de mayo de 2014, que declaró nulo el anterior decreto 1301/2006 en esta materia. De ello se deduce la necesidad de revisar las dos Leyes anteriores Ley 14/2006 TRHA y la 14/2007 de Investigación Biomédica. Igualmente, con esta sentencia, tan reciente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, reconoce el Estatuto del Embrión al organismo que empieza su existencia en el momento de la fecundación y al establecer que su destrucción atenta al orden público y moral. Esto afecta de lleno a las citadas leyes españolas, que deberán ser adecuadas a esta sentencia de obligado cumplimiento para España y todos los países europeos.

20- No hay una solución jurídica a las instituciones como el parentesco, la filiación, los ordenes sucesorios y, sobre todo, el derecho fundamental de la protección de la dignidad de la persona y el derecho a la vida.

Se ha destacado por ser de actualidad la reciente STS de 6 de febrero de 2014, donde se resuelve el problema de la filiación no matrimonial, donde niega la inscripción de la filiación de dos niños gestados mediante maternidad subrogada nacidos con las TRA a los padres. Se ha permitido la inscripción de los mismos pero no su filiación. La Ley es muy clara en que solo es importante el consentimiento del donante y de la receptora para obtener la legalidad de un hijo nacido por estas técnicas.

Pero en España la maternidad subrogada o vientres de alquiler, como se llama vulgarmente, sigue estando prohibida por lo que no se han admitido, hasta el momento, inscripciones de filiación de niños engendrados por este procedimiento en otros países que si está permitido y luego desear su inscripción en España como padres, el TS viene a decir que la denegación de la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución respecto de los comitentes no vulnera el derecho a la vida privada de los menores. La sentencia de esta Sala protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares *de facto* mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo

en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores.

21- La investigación de la paternidad como indica el CC, que sería uno de los puntos donde se podría impugnar esta ley, basándonos en el artículo 5.5., que entra en el conflicto con el principio de justicia intergeneracional, debido a que la CE en el artículo 39, se recoge el derecho a la investigación de la paternidad. El contrato de donación y consentimiento del donante podrá ser revocado si llegado el caso un donante se queda estéril y necesita su material donado , o por otro caso en el que por necesidad extrema se conozca la identidad, quien nos dice que una vez llegado el momento, mediante pruebas biológicas de que es su padre, solicita el hijo la nulidad judicial de la paternidad.

La Ley no dice si un hijo puede impugnar su filiación reclamando al padre biológico aunque la ley niegue radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad, vulnera claramente el artículo 39.2 CE.

No podemos dejar de volver a recoger las conclusiones de las preguntas realizadas a nuestros expertos:

- 1) El destinar los preembriones crioconservados a la investigación afecta a la vida.
- 2) Un hijo nacido mediante las TRA, tiene los mismos derechos que el hijo nacido por el procedimiento natural. Y esto es debido a la aplicación del artículo 29 del CC, donde no hace distinción por razón de la forma de ser concebido.
- 3) El concepto de preembrión es un concepto no claro, que intenta transmitir que tras la fecundación no existe un individuo diferenciado.
- 4) Existe una incidencia clara de esta ley en materias tan importantes como el derecho de sucesión, derecho consagrado en la CE en el artículo 33.1, donde se reconoce el derecho de propiedad privada y a la herencia, como derechos y deberes que tienen los ciudadanos en España, siendo el mismo un derecho de familia, que no son resueltas por la ley y que nuestro experto nos dio las soluciones que se podían plantear:
  - Excluir de los efectos de la filiación los derechos sucesorios, salvo reserva expresa, revisando el régimen legal de las legítimas, que deberá cambiar.

–Imponer la inscripción de dichos consentimientos en un Registro de Actos de Ultimas Voluntades.

–Crear un registro específico, de consulta restringida, en el que se inscriban tales consentimientos, que el notario deberá consultar como persona autorizada para la adjudicación de la herencia.

5) Existe un gran fallo legislativo en España, donde la ausencia de regulación en la protección al embrión, y la posibilidad que da la ley sobre la RAH pone en crisis los derechos humanos, esencialmente el derecho a la vida. Cualquier norma que permita la cosificación de embriones, su utilización como material de investigación o cualquier destino incompatible con la dignidad humana constitucionalmente garantizada incurre en una profunda injusticia que necesariamente deberá ser remediada.

6) La determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de RHA responden a reglas especiales, contenidas sobre la materia, que exceptúan el régimen del CC.

Actualmente, no hay una legislación clara sobre la filiación de personas nacidas con estas técnicas, tan solo lo indicado en el artículo 7.1 LTRA bajo el título "filiación de los hijos nacidos con las técnicas de la reproducción asistida" reconduciendo su regulación a las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos de dicha ley.

7) La Ley da todo el poder al gobierno y la CNRHA, en la aplicación de esta ley, la cual no se establece los requisitos académicos ni profesionales para formar parte de la comisión, ni los porcentajes de los diferentes grupos que anuncian, son los responsables de la aplicación de esta ley, quedando al margen los científicos en biología, medicina bioquímica y otras especialidades científicas.

8) Que a pesar de la prohibición de tener carácter lucrativo para los donantes, no es más cierto la contradicción del artículo 5.3 en donde posibilita una compensación resarcitoria al donante por las molestias físicas, gastos desplazamientos y laborales que, en resumen, no se indican con qué límites se podrían enmascarar el carácter lucrativo.

9) La gestación por sustitución está prohibida en España mediante esta ley,



sin embargo, no ha sido suficiente para que personas hayan utilizado esta técnica para tener hijos en otros países. La unificación de doctrinas en Europa en este sentido no existe, dando en otros países respuesta a la demanda de parejas del mismo sexo y que en España no se permite la inscripción de la filiación de los recién nacidos mediante este procedimiento.

10) La proporción de centros públicos y privados que realizan o aplican estas técnicas son desproporcionados, siendo el número de autorizados 203, los privados son 165 y 38 los centros públicos, convirtiéndose en una ley que fomenta que sean personas con recursos económicos los más beneficiados con esta ley, creando una desigualdad con todos los ciudadanos españoles.

De lo indicado por los expertos, todos ellos coinciden en la necesidad de modificar esta ley que no da soluciones a temas tan importantes como la filiación, el derecho de sucesiones y de familia, a la protección de la vida desde su concepción debido a la definición de preembrión que no es un concepto claro que intenta transmitir que tras la fecundación no existe individuo diferenciado hasta el día 14, como concepto tramposo que con ello se consigue destruir embriones afectando a la dignidad humana. Es una ley que deja todo en manos del gobierno, y la CNRHA sin respetar el poder legislativo, además que no se toma en consideración las investigaciones científicas.

22- La protección que se dispensa en España al embrión no es la adecuada en la medida que se le niega la condición de persona. Debemos esperar a los cambios legislativos que irán surgiendo con el avance de la ciencia, esperando un mayor consenso sobre temas tan importantes como es la vida de la persona, y concretamente la persona desde su fecundación.

No obstante, no descartamos que algún grupo de diputados, senadores, el defensor del pueblo o algún órgano legislativo y ejecutivo de las Comunidades Autónomas, etc., pueda considerar que esta ley es en parte inconstitucional como hemos apuntado en nuestra investigación, y se plantee su cambio.

Según nuestra investigación podemos terminar exponiendo que no se cumple con algunos artículos de la CE como el artículo 14 sobre la igualdad en el tratamiento jurídico de los hijos, independientemente de su origen, (los niños biológicos, los adoptados si pueden conocer a sus padres naturales, pero los

niños nacidos con TRA no).

Tampoco se cumple la protección de la familia del artículo 39 de la CE, ni la posibilidad de conocer quién son sus padres. Sin olvidarnos que tratando al preembrión como una cosa u objeto, este término preembrión no existe en biología, solo aparece en textos legales, como la Ley 14/2006 de TRA donde se define al embrión con menos de 14 días, quedando aquí totalmente desprotegido por una interpretación partidista sin fundamento científico alguno. El artículo 15 de la CE al indicar el TC el concepto ambiguo de "todos tienen derecho a la vida", que por una parte protege al preembrión aunque no permite que sea titular de derecho fundamental. Debemos abrir una línea jurídica de investigación para dar soluciones a todos estos problemas jurídicos y éticos que plantea la ley 14/2006 sobre la RAH.

### 9.1. BIBLIOGRAFÍA

- "Informe del Comité de Investigación sobre Fertilización Humana y Embriología (Informe del Comité Warnock", en SALLES, A. L. F. / LUNA,, F., *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*. Editorial Sudamericana, [España] 1995, pp. 250-258.
- "Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos (STC 212/1996)", en *Actualidad Administrativa*, nº 20, 1997, pp. 1317-1323.
- [Autor desconocido], "Conception in a waterglass", en *New Medical Journal of Medicine*, 1937, 217, p. 678.
- [Sociedad Española de Fertilidad], *Informe estadístico final. Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI). Año 2012*.
- A.A.V.V., *El cincuentenario del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y el Ministerio de Asuntos Exteriores de España*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2001.
- , *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988.
- , *Bioética y religión*, Dykinson, Madrid, 2007.
- , *Código Penal y legislación complementaria*, Cívitas Ediciones, 37ª edición, 2011.
- , *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ALKORTA IDIAKEZ I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- , "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, 2006, pp. 9-61.

- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G. / CHUECA RODRÍGUEZ, R. L., "Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina: reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/ 1999, de 17 de junio", en *Revista de derecho y genoma humana*, nº 12, 2000, pp. 91-112.
- AZCONA RUIZ, B., / CAMPO MOLINA, G., ZABALETA JURÍO, J.: "Síndrome de hiperestimulación ovárica", en *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol. 32, nº Extra 1, 2009, pp. 19-27.
- BALLESTEROS LLOMPART, J. (Coord.), *La humanidad in vitro. El estatuto jurídico del embrión*, Comares, Granada, 2004.
- BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37.
- BASTERRA, F. G., "El dilema de "Baby M", *El País*, lunes 19 de febrero de 1987.
- BELLVER CAPELLA, V., "El estatuto jurídico del embrión y el feto no viables: a propósito de la STC 212/1996 de 19 de diciembre", en *Humana Lura: Suplemento de Derechos Humanos*, nº 7, 1997, pp. 319-331.
- , "Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos (STC 212/1996)", en *Actualidad Administrativa*, nº 20, 1997, pp. 1317-1323.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "La alteración del genotipo como delito. Análisis del artículo 159 del Código Penal español de 1995", en *Revista de estudios jurídicos*, nº 1, 1998, pp. 41-68.
- , "Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español", en ROMEO CASABONA, C., M., *Genética y derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001, pp. 169-200.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Reproducción asistida *post mortem*", *Aranzadi Civil*, 2001.2, pp. 2165-2167.

- BERROCAL LANZAROT A. I., "De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España (1ª parte)", en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, octubre 2008, pp. 22-42.
- , "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida", *Revista la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, pp. 40-70.
- BONFANTE, P., "*Manuel des Institutions Juridique des Romains*". 2da. edición. Plan General, París, 1928.
- CÁMARA AGUILA, M. del P., "Sobre la constitucionalidad de la Ley Técnica de Reproducción asistida: (Comentario a la SRC 116/1999, de 17 de junio)", en *Derecho privado y Constitución*, nº 13, 1999, pp. 117- 148
- CAMBRÓN, A., "Comentarios a la Ley de investigación biomédica y al Comité de bioética de España", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, pp. 159-184.
- CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M. L.; *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2 vols., 2009.
- CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, JM Bosch, Barcelona 1995.
- CARDONA LLORENS, J., "La convención sobre los derechos del niño. Significado, alcance y nuevos retos", en *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, nº 30, 2, 2012, pp. 47-68.
- CARIZZA, C., Congreso Sociedad Europea de Reproducción Humana" El síndrome de hiperestimulación ovárica puede ser grave". Lyon. Francia 2-7- 2007.
- CASADO, M., "Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho", en *Papers* 53, 1997, pp. 37-44.
- CASONATO, C., *Introduzione al biodiritto*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006.
- CHOFRE SIRVENT, J. F., "Familia y Constitución: un desafío permanente (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)", en *A.A.V.V.*,

- Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Universidad de Alicante, Alicante, Vol. 2, 2000, pp. 813-816.
- CHUECA RODRIGUEZ C., "La protección jurídica del embrión humano: un caso de penuria normativa", en *Estudios de Derecho Jurídico*, nº 40, 2002, pp. 25-61.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "EL derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 1996, pp. 1668-1670.
- COQUELL LOZANO, A., *Las organizaciones transnacionales de inmigrantes en la Comunidad Valenciana y su papel en el codesarrollo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2011, tesis doctoral inédita.
- CORRAL GARCÍA, E., "La desprotección jurídica del embrión tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica", en *Cuadernos de Bioética*, XX, 2009, 2º.
- CORTÉS MAULIÓN, M. A., *Régimen jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida. La investigación se la paternidad en México y España*, tesis doctoral, Universidad de Almería, 2013.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. I, 2.a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: (análisis del topo objetivo del artículo 162 del Código Penal*, Universitat de València / Universidad de Cádiz, Valencia / Cádiz, 1999.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., "El concepto de embrión en la ley 14/2007, de julio, de investigación biomédica", en ADROHER BIOSCA, S. / DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. / CORRIPOP GIL-DELGADO, M. de los R. / VEIGA COPO, A. B. (coords.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 991-1006.

De Posthumis Vi, 29, 31 "*Perfecte Natus ... ad or bemptotus processit*". D. 25, 4, 1: "*Sobre la Imprecisión del Embarazo y la Guarda del Hijo*"; Paulo IV, 9. 1º: "*Vivos Pariant*", citado por D'Savigny, M.F.C. "*Sistema del Derecho Romano Actual*". 2da. edición. Centro Editorial de Góngora, Madrid.

De Status Hominem 1, 5, 14.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *La Ley*, 2005, tomo I, pp. 1510-1523.

DE VILAINE, A. M., "Experts et législateurs de la normalité de l'être humain: vers un eugénisme discret", en AA.VV. (dir. TESTAR, J.), *Le magasin des enfants*, F. Bourin, París, 1990, pp. 140-156.

DEL RÍO Y PARDO, F.; "Algunas consideraciones sobre la discriminación de algunos supuestos de aborto, tras la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio", en A.A.V.V., *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 605-626.

DELBAERE A., Smits G., OLATUNBOSUN OPIERSON., R., VASSART G., and COSTAGLIOLA S. "New insights into the pathophysiology of ovarian hyperstimulation syndrome. What makes the difference between spontaneous and iatrogenic syndrome?", *Human Reproduction*, 2004, nº 19, pp. 486-489.

DELVIGNE, A. y ROZENBERG, S., "Epidemiology and prevention of ovarian hyperstimulation syndrome (OHSS): a review", en *Human Reproduction Update*, Nov 2002, 8, pp. 559 - 577.

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C., "Aspectos biojurídicos del diagnóstico preimplantario (análisis desde la ley 35/88 de técnicas de reproducción asistida)", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 14, nº 50, 2003, pp. 111-121.

———, "El diagnóstico en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida", en *DS: Derecho y Salud*, Vol. 11, nº 1, 2003, pp. 73-84.

———, *Hijos a la carta ¿Un derecho?: problemas bioéticos y jurídicos de la selección de embriones "in vitro"*, Berriozar, Navarra Gráfica, 2004.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 75-129.

———, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 34-35.

DÍAZ PINTOS, G., "La concepción "totémica" del "nasciturus" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 53/1985, de 11 de abril", en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 185-212.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup> D. / SERRANO GIL, A. / FUERTES ROCAÑÍN, J. C. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, P., *Introducción a la medicina legal*, Díaz de Santos, España, 2007.

DIEZ SOTO, M., "La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre: ¿una reforma suficiente: panorama de nuevos cambios legales?", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 197-208.

DIEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.

Doctrina social de la Iglesia; *Donum Vitae*. Sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación. 22 de febrero 1987.

El dilema de "Baby M", *El País*, Lunes, 19 de febrero de 1987.

Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de Marzo de 1996, Juan Pablo II.

FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

FEMENÍA LOPEZ, J., "Status" jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido "in vitro", Mc Graw Hill, 1999.



- , "La Ley 45/2003 de 21 de noviembre: un paso en la determinación del estatus jurídico del embrión humano", en GONZÁLEZ PORRAS, J. M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1597-1618.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Consideraciones sobre la fecundación post mortem: los hijos superpóstumos", en *Almírez*, nº 3, 1994, pp. 57-70.
- GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003.
- GARRIGA GORINA, M., "El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero", *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 167-228.
- GERMÁN ZURRIARÁIN, R., "Bioética: el progreso de la ciencia al servicio de la dignidad humana", en *Debate actual: revista de religión y vida pública*, nº 10, 2009, pp. 76-88.
- , "El utilitarismo ético en la investigación biomédica con embriones humanos", en *Persona y bioética*, vol. 12, nº 30, 2008, pp. 16-28.
- , "La dignidad del embrión humano congelado", en *Revista de medicina*, vol. 51, nº 1, 2007, pp. 30-32.
- , "Retos y carencias de la FIV ante los embriones congelados", en TOMÁS Y GARRIDO, G. M<sup>a</sup>. / FERRER COLOMER, M.: *Respuestas a la bioética contemporánea*, Murcia, Universidad Católica San Antonio de Murcia, 2012, pp. 47-76.
- , "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado", en *Cuadernos de bioética*, vol. 22, nº 75, 2011, pp. 201-214.
- , "Un nuevo horizonte filosófico: ética y ciencia en la investigación biomédica con embriones humanos", en *Brocar, Cuadernos de investigación histórica*, nº 29, 2005, pp. 205-222.

———, "La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: De la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2207", en *Cuadernos de Bioética* Vol. 20, nº 69. 2009, pp. 155-182.

———, *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012.

———, *Los embriones humanos congelados: un desafío para la bioética*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007.

GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción: Ley 21-1987, 11 de noviembre: comentarios y formularios*, Dykyson, Madrid, 1988.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *La fecundación in vitro y la filiación*, ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1993.

———, "Fecundación post mortem", *Actualidad civil*, nº 1, 1992, pp. 45-63.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "La pena de muerte: artículo 15 de la Constitución", en *Congreso "La Reforma de la Constitución"*, 1992, vol. 3.

GÓMEZ, F. / ORAÁ, J., *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.

GÓMEZ, R. / QUEA, G. / GARCÍA VELASCO, J. A. / PELLICER MARTÍN, A., "Síndrome de Hiperestimulación Ovárica: nuevos avances", en *Cuadernos de medicina reproductiva*, Vol. 12, nº 1, 2006, pp. 17-32

GONZÁLEZ MORÁN, L., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II)" en *Derecho y Genoma Humano* nº 10, 1999, p. 177.

———, "Tratamiento de la información y el consentimiento informado en la Ley 14 /2007, de investigación biomédica", en HERRÁN, A. I. / EMALDI CIRIÓN, A. / ENCISO, M. (coords.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pp. 275-288.

- GRIS MARTÍNEZ, J. M. / TRILLO URRUTIA, L., "Síndrome de hiperventilación ovárica: fisiopatología y repercusiones sistemáticas", en *Revista Española de anestesiología y reanimación*, Vol. 56, nº 9, 2009, pp. 525-526.
- GUILLEM-TATAY PÉREZ, D., "No es patentable una invención biotecnológica que implique la destrucción de embriones humanos. Sentido y alcance de la sentencia del TJUE en el asunto C-34/10", en *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, nº 26, 2012, pp. 44-54.
- HERNÁNDEZ CARMEN R. y otros, *Derecho de familia siglo XXI*. Editorial Corripio, C por A, República Dominicana, 2006.
- HIGUERAS, T., "Incidencia en la salud de la gestación múltiple en España. Complicaciones en gestación múltiple en España", en *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Vol. 22, nº 5, 2005, Septiembre-Octubre, p. 313.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E., "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)", *Actualidad civil*, nº 1, 1995, pp. 35-58
- IGLESIAS CARBALLO, F. J., "Análisis jurisprudencial del artículo 15 de la Constitución Española", en *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, nº 5, 2002.
- Informe de la comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, abril 2000.
- INIESTA DELGADO, J. J., "Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem", *Revista de derecho y genoma humana*, nº 29, 2008, pp. 13-24.
- KRASNOW PITASNY, A. N., "La determinación de la filiación en la fecundación post mortem", en LASARTE ÁLVAREZ, C. / DONADO VARA, A. / MORETÓN SANZ, F. / YÁÑEZ VIVERO, F., *Perspectivas del derecho de familia en e siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004.
- LACADENA CALERO, J. R., "Congelación de ovocitos humanos en España. Un comentario al Real Decreto 120/2003", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 18, 2003, pp. 175-190.

- , "Congelación de ovocitos humanos en España. Un comentario al Real Decreto 120/2003", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 18, 2003, pp. 175-190.
- , "Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas", en *Revista de derecho y genoma humana*, nº 12, 2000, pp. 191-212.
- , "La experimentación con embriones sobrantes en España: un comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Revista de Derecho y Genoma humana*, nº 20, 2004, pp. 177-194.
- , "La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 24, 2006, pp. 157-184.
- , "La Ley 14/2007 de Investigaciones Biomédica: algunos comentarios sobre aspectos éticos y científicos", en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 27, 2007, pp. 13-35.
- , "La Naturaleza Genética del Hombre: consideraciones en torno al aborto", en *Cuenta y Razón*, 10 Madrid, Marzo - Abril 1983.
- , "Nobel de Medicina, ¿una puerta que nunca debió abrirse?", en *Vida Nueva*, 2010, nº 2.725, p. 35.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBUDILLA, F. / LUNA SERRANO, A., / DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia. (Tomo II). Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familia*, Civitas S. L., Madrid, 1981.
- LEMA AÑÓN, C., "Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida Parte I)", en *Revista de Derecho y genoma humana*, nº 12, 2000, pp. 47-66.
- , "Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida Parte II)", en *Revista de Derecho y genoma humana*, nº 13, 2000, pp. 103-118.

- LLAMAS POMBO, E. (ed.), *La Ley. Códigos septiembre 2008*, Grupo Wolters Kluwer.
- LLEDÓ YAGÜE, F. / OCHOA MARIETA, C. / MONGE VALMASEDA, O. (dir.), *Comentarios Científicos Jurídicos a la Ley de Técnicas de Reproducción*, Dykinson, Madrid, 2007.
- , (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2007.
- / SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2011.
- , "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Dykinson, 2006, pp. 155-176.
- LÓPEZ GUZMÁN, J., "El Estatuto biológico del embrión humano", en GERMÁN ZURRIARÁIN R. (Coord.), *Células madre: ciencia ética y derecho*, Ediciones internacionales Universitarias, Madrid, 2009.
- , "El Estatuto biológico del embrión humano", en BALLESTEROS LLOMPART, J.: *La humanidad in vitro*, Gramada, Comares, 2004, pp. 174-192.
- LÓPEZ MORATALLA, N. / SÁNCHEZ ABAD, P. J. "Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 20, nº 70, 2009, pp. 339-356.
- / MARTÍNEZ-PRIEGO, C., *La humanidad in vitro. Crítica y razón de una ideología*, Comares, Granada, 2002.
- , "FIV y deficiencias en las relaciones intergametos y en la relación inicial madre-hijo", en *La humanidad in vitro. El estatuto jurídico del embrión*, Comares, Granada, 2004, pp. 129-156.
- , "La realidad del embrión en los primeros quince días de vida", en *Persona y bioética*, vol. 8, nº 20-21, 2004, pp. 6-23.

- LÓPEZ MORENO, A., / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Evolución legislativa posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril)", *Humana lura: suplemento de derechos humanos*, nº 3, 1993, pp. 79-90.
- / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Evolución legislativa posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril)", *Cuadernos de Bioética*, Vol. 5, nº 17-18, 1994, pp. 31-37.
- / GARCÍA MIRANDA, C. M. / SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "La estimación jurídica en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril)", en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 5, nº 17-18, 1994, pp. 38-48.
- LÓPEZ PELÁEZ, P., "Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 6, 1994, pp. 109-142.
- LUCEÑO MAESTRE, F., *Validez y utilidad del Registro de la SEF de técnicas de reproducción asistida*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2010.
- LUPIÓN CRUZ, E., *La salud y su protección en el marco de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978: el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 como derecho a la salud*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1992.
- MAGALDI, N., *Derecho a saber, filiación biológica y Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en *El juez civil ante la investigación biomédica*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 249-302.
- MARTÍNEZ DOMINGUEZ, B. / GALARRETA LASA, J. / ORCASITAS GARCÍA, J. R., PÉREZ-SOSTOA GAZTELU-URRUTIA, M., V., "Veinte años desde el informe Warnock (1978), su impacto en la EE y en la formación de profesionales", en *A.A.V.V., Educación y diversidad: XV Jornadas Nacionales de Universidad y Educación Especial*, Universidad de Oviedo, Oviedo, Vol. 1, 2002, pp. 405-412.

- MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., "STC 53/1985, de 11 de abril: Interrupción voluntaria del embarazo. Derecho a la vida", en DOREGO DE CARLOS, A. / MARTÍ MINGARRO, L. (coords.), *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, España, 2007, pp. 65-72.
- MARTÍNEZ, M. P., "Análisis Sobre El Comienzo De La Vida Humana", *Cuadernos de Bioética*, 2003, 2ª, 3ª, pp. 279-281.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. / MASSIGOGE BENEIGU, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994.
- MATESANZ ACEDOS, R., "25 años de la Ley de Trasplantes", en *Jano: Medicina y Humanidades*, vol. 67, nº 1542, 2004.
- MELENDO, T., *Fecundación in vitro y dignidad humana*, Casals, Barcelona, 1987.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., "El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana", en A.A.V.V., *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Editorial Trivium, pp. 171-200.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., "Consideraciones sobre la Ley de trasplantes de órganos de 27 de octubre de 1979 y el Reglamento que la desarrolla de 22 de febrero de 1980", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1984, pp. 1162-1168.
- MORILLAS CUEVAS L. / ORTUZA. I / PERIS RIERA J. (coords.), *Estudios Jurídicos-penales sobre genética y biomedicina*. Libro homenaje al Prof. Ferrando Mantovani. Ed. Dykinson 2005.
- MOUZON, J./ GOOSSENS, V./ BHATTACHARYA, S./ CASTILLA, J. A./ FERRARETTI, A. P./ KORSACK, V. y otros, "Assisted reproductive technology in Europe, 2006: results generated from European registers by ESHRE", en *Hum Reprod*, nº 25, 2010, pp. 1851-1862.
- MUÑOZ CONDE, F. J., "Sobre la aplicación del "exceptio veritas" al delito previsto en el artículo 161, 1º, del vigente código penal", en *Cuadernos de política criminal*, nº 17, 1982, pp. 257-262.

- , *Derecho Penal. Parte especial*, 7a Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- NANCLARES VALLE, J., "Las técnicas de reproducción asistida en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006 n.14, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero de 2004, n. 40", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2007.2, pp. 846-901.
- , "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, 2008, 1, pp. 2243-2270.
- NAVOT, D., BERGH, P., and LAUFER, N., "Ovarian hyperstimulation syndrome in novel reproductive technologies: prevention and treatment", *Fertil Steril*, Aug 1992, nº 58(2).
- NIETO ALONSO, A., "Reproducción asistida y anonimato de los progenitores", *Aranzadi Civil*, 2004.3, pp. 2309-2336.
- NOWAK, M., "El pacto internacional de derechos civiles y políticos", en PUREZA, M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 161-184.
- OFICIAL SOTO, C. M., "Los centros de orientación familiar y los mediadores familiares", en *FCAPA Informa*, Febrero 2011, p.31.
- OLMEDO CARDENETE, M. D., "Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código Penal español", en PERIS RIERA, J. M. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. / MORILLAS CUEVA, L., *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro homenaje al profesor Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, pp. 267-278.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction, Report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17–21 September 2001*.
- PALACIOS ALONSO, M., "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005", en PERIS RIERA, J. M. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. / MORILLAS CUEVAS, L. (coords.): *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al prof. Ferrando Mantocani*, Dykinson, España, 2005, pp. 33-68.



- , *El nuclóvulo: clonación terapéutica* (II Congreso Mundial de Bioética, 2002)
- , *Reproducción Asistida. Discurso y Recurso*, Editorial Stella, Gijón, 1990
- , "Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88). Modificaciones y propuestas de actualización", en TAMAYO, J. J., *Bioética y Religión*, Madrid, Editorial Dikynson, 2007, pp. 63-64.
- PANTALEÓN PRIETO, F., "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", en *Homenaje a Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 641-670.
- , "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988, pp. 19-36.
- , "Técnicas de reproducción asistida y constitución", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993, pp. 129-160.
- PARDO SÁENZ, J. M., "Ley 45/2003 sobre técnicas de reproducción asistida. Algunas reflexiones ético-morales a la luz de "Evangelium vitae", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 15, nº 55, 2004, pp. 417-426.
- PASCUNI DE PONTE, E., "Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida", en *Saberes*, vol. I, 2003.
- PEINADO RUANO, J., "Modificación por Ley 11/1981, de 13 de mayo", en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, nº 5, 1981, pp. 972-982.
- PELLICER MARTÍN, A., / RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. / REMOHÍ, J., "Gestación heterotópica tras ciclo de fecundación in vitro con diagnóstico preimplantatorio", en *Ginecología y Obstetricia*, Vol. 46, nº 2, 2003, pp. 91-95.
- PENASA, S., "La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento", en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 18, enero de 2010, pp. 17 y ss.
- PEREZ DEL VALLE, C., "Tratamiento jurídico del embrión en la nueva Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación y clonación", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 11, 2006.

PÉREZ MONGE, M., "Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por al que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida", en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 14, 2004, pp. 23-31.

———, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002.

———, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002

PUY MUÑOZ, F. de P., "El tópico vida en el Artículo 15 de la Constitución", en A.A.V.V., *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, vol., 1, pp. 259-273.

QUEROL GUTIÉRREZ, L. A., "Infartos retiniano y cerebral secundarios a trombosis carotídea aguda en el síndrome de hiperestimulación ovárica", en *Neurología: Publicación oficial de la Sociedad Española de Neurología*, Vol. 23, nº 5, 2008, pp. 319-321.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *A. D. C.*, 1994, II, pp. 237-303.

RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., "Comentario a la ley 35/1988", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 48, nº 130, 1991, pp. 235-255.

RAMIRO AVILÉZ, M. A., "Impacto de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica en los ensayos clínicos", en *Medicina clínica*, vol. 130, nº 20, 2008, pp. 783-786.

RAMOS SÁNCHEZ, J., "Algunas consideraciones jurídicas sobre la ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción: su posible inconstitucionalidad", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1989, pp. 996-1012.

REQUENA LÓPEZ, T.: "Sobre el derecho a la vida", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 12, julio-diciembre 2009, pp. 283-342.

- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., "Derecho a la vida y vida "preembrionaria": STC 116/1999, de 17 de junio", en *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 213-228.
- REYES R. (Dir.), *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, Tomo 1/2/3/4, Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México 2009.
- RIVERO HERÁNDEZ, F., "La fecundación artificial post mortem", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 86, nº 4, 1987, pp. 871-904.
- , "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico" (de la STC 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, 1, pp. 105-134.
- ROBLES MOCHÓN, G., "El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)", en GARCÍA SAN MIGUEL, L., *El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la Constitución*, 1995, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, pp. 45-62.
- ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987 En el volumen de filiación a finales del siglo XX*, 1988, pp. 17-50.
- RODRÍGUEZ CALVO, M. S., "La modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida por la ley 45/2003, de 21 de noviembre: ¿Una reforma oportuna y suficiente?", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 209-213.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J., "La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y registro civil", *Actualidad civil*, nº 3, 1990, pp. 743-753.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La nueva orientación de la adopción internacional en la Ley 21/1987 de noviembre", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, pp. 783-790.

- ROMEO CASABONA, C. M. , "Bioética en la legislación comparada internacional y europea", en FLECHA ANDRÉS, J. R.: *Bioética en Europa y derechos de la persona*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca / Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos, 2010, pp. 223-246.
- , "El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 20, 2004, pp. 163-176.
- , "Embrión", en A.A.V.V.: *10 palabras clave en nueva genética*, Verbo Divino, 2006, pp. 110-155.
- , *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- , "La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica: consideraciones de política legislativa", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Nº 24, 2006, pp. 75-128.
- , *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, 1994.
- , *Genética y derecho penal: provisiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001, pp. 169-200.
- RUILOBA ALVARIÑO, J., "El pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2011, pp. 115-168.
- SANCHEZ DE LA TORRE, Á., *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Madrid, 1960.
- SERRA, A., "Dignidad del embrión humano", en *Consejo Pontificio para la Familia, Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Madrid, Palabra, 2004, pp. 279-285.

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., "Dignidad versus patentabilidad: comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asunto Brüstle/Greenpeace", en *Diario La Ley*, nº 7766, 2011.
- , "Sentencias constitucionales sobre la muerte digna: STC 120/1990, de 27 de junio", en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 226-258.
- SIMON, C. / PELLICER, A.: "Encuentro de expertos sobre gestaciones múltiples", en *Iber Fert*, nº 22, 2005, pp. 309-310.
- STROMBERG, B. / DALHLQUIST, G. / ERICSSON, A. / FINNSTROM, O. / KOSTER, M. / STTJERNQVIST, K.: "Neurological sequelae in children born after in vitro fertilization: a population- based study", en *Lancet*, 2002, nº 359, pp. 461-465.
- TABACK, H., "*La Persona por Nacer*". VII Congreso Latinoamericano de Derechos Humanos. Universidad de los Andes, 1986.
- TOMÁS TOMÁS, S., "Algunas notas controvertidas a la luz de la sentencia de 18 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-34/10: consideraciones en el ordenamiento jurídico español, en especial sobre las leyes 14/2006, de Reproducción Humana Asistida y 14/2007, de Investigación Biomédica", en A.A.V.V. *Bioética, neuroética, libertad y justicia*, 2013, Fundación Étnor, Generalitat Valenciana, Universitat de València, Valencia, pp. 534-544.
- TOMÁS Y GARRIDO, G.M., *Cuestiones actuales de Bioética*. Eiunsa, Madrid 2011.
- TOMÁS Y GARRIDO, G.M./MANERO RICHARD E., *Diccionario de bioética para estudiantes*. Alcalá grupo Editorial . Madrid 2008.
- TOMÁS Y GARRIDO, G. M. y POSTIGO E., *Bioética personalista: ciencia y Controversia*, Eiunsa, Madrid, 2007.
- TUR, R. / COROLEU, B. / TORELLÓ, M. J. / BOADA, M. / VEIGA, A. / BARRI, P. N.: "Prevention of multiple pregnancy following IVF in Spain", en *Reprod Biomed Online*, 2006, nº 13, pp. 856-863.

- URBINA, M. T. / LERNER BILBER, J., : *Fertilidad y Reproducción Asistida*, Editorial Médica Panamericana, Venezuela, 2008.
- VEGA GUTIÉRREZ, A. M., "Ética, legalidad y familia en las técnicas de reproducción humana asistida", en *Ius Canonicum*, XXXV, nº 70, 1995, pp. 673-728.
- Viaje apostólico de su Santidad Benedicto XVI A Valencia España). V Encuentro Mundial de las Familias. Santa Misa. Homilía del Santo Padre. Cuidad de las Artes y de las Ciencias. Domingo 9 de julio de 2006.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, enero-junio 2000.
- VIVANCO SIERRALTA, L. / MARTÍNEZ, A. / JOUVRE DE LA BARREDA, N., "Valoración bioética y biojurídica del diagnóstico preimplantatatio en España", en *Cuadernos de Bioética*, vol. 21, nº 72, 2010, pp. 213-230.
- WARNOCK, M., *A Question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology*, UK. Basil Blackwell Ltd. 1985.
- , *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- ZATTI, P., *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in MAZZONI COSIMO, M. (ed.), *Una norma giuridica per la bioetica?*, Bologna, 1998.

## 9.2. WEBGRAFÍA

[Conversaciones con Jesús Ballesteros, por Vicente Bellver]: "Biotecnología y ética. La vida del embrión es cuestión de derechos humanos", en <http://www.nuevarevista.net/articulos/biotecnologia-y-etica-la-vida-del-embrión-es-una-cuestión-de-derechos-humanos>, visitada el 10/10/2014.

"¿No puedes alquilar un vientre en España? ¡Vete a EE.UU!", Diario *20minutos.es*, 24/10/2006, en <http://www.20minutos.es/noticia/165263/0/madres/espanolas/alquiler/>, visitada el 23/09/2013.

"Lo que hay que saber del nuevo código civil y comercial", en <http://www.nuevocodigocivil.com/lo-que-hay-que-saber-del-nuevo-código-civil-y-comercial/>, visitada el 24/10/2014.

BELEN MOLLAR, Evangelina: "Embriones congelados y derechos humanos", en [http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Mollar1.htm#\\_ftnref3](http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Mollar1.htm#_ftnref3), visitada el 24/10/2014.

BELLVER CAPELLA, V., "El embrión humano y las técnicas de reproducción asistida", en Nueva Revista de Política, Cultura y Arte, marzo del 2000, en <http://www.nuevarevista.net/articulos/el-embrión-humano-y-las-tecnicas-de-reproducción-asistida>, visitada el 15/10/2014.

CABALLERO PEÑA, M. / HURTADO SUAZO, J. A., "Resultados perinatales en las gestaciones múltiples", en [http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y\\_obstetricia/ficheros/04resultadosmpena.pdf](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/04resultadosmpena.pdf), visitada el 20/11/2014.

CARIZZA, C., "Síndrome de Hiperestimulación ovárica", en <http://www.carloscarizza.com/pdf/Medicina%20Reproductiva/Infertilidad%20femenina/Sindrome%20de%20Hiperestimulacion.pdf>, visitada el 25/11/2014.

CLAVERO, A. / GONZALVO, M. C. / CASTILLA, J. A. / ZAMORA, S. / ROLDÁN, M. P. / PEÑA, R. / AGUADO, J. A. / ROSALES, A. / MOLINA, I. y MORALES, N., "Transferencia electiva", en [http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y)

\_obstetricia/ficheros/curso2010\_reprod\_11\_transferencia\_electiva\_aclavero.pdf,  
visitado el 20/11/2014.

CORBELLA I DUCH, J. "LA MATERNIDAD SUBROGADA Una prohibición donde confluyen el Derecho Sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la persona", en XI Congreso Nacional del derecho Sanitario , 17 y 18 octubre 2014. [pp. 1-15], en <http://www.aeds.org/XXIcongreso/docs/Josep%20Corbella.doc>, visitado el 16/04/2015.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz, M., "La intervención penal en el ámbito de la reproducción asistida", extracto de su *Reproducción asistida sin consentimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, en <http://inicia.es/de/pazenred/bioetica.htm>, visitada el 19/09/14.

DE LORENZO Y MONTERO, R., "Proseguirá el destierro celular con los bancos de cordón umbilical", en *Redacción Médica*, Martes, 08 de julio de 2014, N° 2361, Año X, en <http://www.redaccionmedica.com/opinion/proseguira-el-destierro-celular-con-los-bancos-de-cordon-umbilical-8004>, visitado el 20/11/2014.

Doctrina social de la Iglesia; Donum Vitae. Sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación. 22 de febrero 1987. [doctrinavital.blogspot.com/2009/12/donum-vitae.html](http://doctrinavital.blogspot.com/2009/12/donum-vitae.html), visitada el 12/11/2013

FUENTES TOMÁS, P., "La familia in vitro: filiación en la ley sobre técnicas de reproducción asistida humana (Ley 14/2006, de 26 de mayo), en [http://www.elderecho.com/civil/filiacion-Ley-tecnicas-reproduccion-asistida\\_11\\_373180001.html](http://www.elderecho.com/civil/filiacion-Ley-tecnicas-reproduccion-asistida_11_373180001.html), visitada el 18/11/2014.

GUILLAUME SMITS, M.D. / OLUFEMI OLATUNBOSUN, M.B. / ANNE DELBAERE, M.D., Ph.D. / ROGER PIERSON, Ph.D. / GILBERT VASSART, M.D., Ph.D., y SABINE COSTAGLIOLA, Ph.D., "Ovarian Hyperstimulation. Syndrome Due to a Mutation in the Follicle-Stimulating Hormone Receptor", *N. Engl. J. Med.*, Aug 2003; 349, pp. 760 – 766. <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa030064>, visitado en 18/06/2014.

<http://vitanovaclinic.ru/es/eko/>, visitada el 19/11/2014.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>, visitada el 18/06/2014.



[http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013-12-20/cuando-empieza-la-vida-de-un-ser-humano\\_68769/](http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013-12-20/cuando-empieza-la-vida-de-un-ser-humano_68769/), visitada el 18/06/2014.

<https://www.boe.es/boe/dias/2004/07/27/>, visitada el 18/06/2014.

<https://www.dexeus.com/informacion-de-salud/enciclopedia-ginecologica/medicina-de-la-reproduccion/fecundacion-in-vitro>, visitada el 30/09/2012.

[https://www.registrosef.com/public/Docs/sef2012\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/Docs/sef2012_IAFIV.pdf), visitado el 20/11/2014.

*II Informe de la comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, abril 2000.* Recopilación de la documentación sobre este tema, en la página web del profesor José Ramón Lacadena: <http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/index.html>. Visitada el 14/6/2012.

JOUVE, N., "La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo a favor de la vida humana en estado embrionario y las Leyes españolas", en [http://www.paginasdigital.es/v\\_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2581&te=&idage=&vap=0&codrel=1407](http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2581&te=&idage=&vap=0&codrel=1407), visitada el 21/9/2014.

MÁRQUEZ RUÍZ, José Manuel: "Comienzo y fin de la personalidad", en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200404-265513131044911.html>, visitado el 24/10/2014.

PALACIOS, M., "Reproducción Asistida y Células Madre. Legislación española", conferencia leída en Oviedo el 13 de mayo de 2006, véase [http://www.aesmatronas.com/descargas/CONFERENCIAS\\_AESMATRONAS/04\\_LEGISLACION/06\\_REPRODUCCION\\_ASISTIDA.pdf](http://www.aesmatronas.com/descargas/CONFERENCIAS_AESMATRONAS/04_LEGISLACION/06_REPRODUCCION_ASISTIDA.pdf), visitada el 02/10/2014.

———, *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Eiusa, Madrid, 2012.

"Terminología 2002. La vida humana-Fecundación-Gestación-Nasciturus-Viabilidad-El preembrión-El nucléulo-Aborto y Preembrión-La persona", en PALACIOS, M., *Reproducción asistida*, Stella, 1990, <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpTerminologia.pdf>, visitado el 06/06/2014.

PUERTO, J. J., "La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida", en *Acta Bioethica* 2000, 6(1), consultado en <http://>

[www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000100010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000100010&script=sci_arttext), visitada el 10/11/2014.

RD 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-1705](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-1705), visitada el 18/06/2014.

REQUENA LÓPEZ, T., "Sobre el derecho a la vida", en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/11Requena.htm>, consultado el 10/11/2014.

ROSELL ROLDÁN, L., "Estudio ético-legal sobre la Reproducción Asistida", en [http://www.uclm.es/ab/enfermeria/revista/numero%2014/estudio\\_%E9tico\\_rep\\_asist.htm](http://www.uclm.es/ab/enfermeria/revista/numero%2014/estudio_%E9tico_rep_asist.htm), visitada el 24/07/2014.

SÁNCHEZ MORALES, M<sup>o</sup> R., "Biotecnología", en REYES, R. (Dir.), *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, ed. Plaza y Valdés, Madrid-México, Tomo 1/2/3/4, 2009, consultado en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/B/biotecnologia.htm>, visitada el 19/11/2014.

TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", en [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF), visitada el 24/10/2014.

*Viaje apostólico de su Santidad Benedicto XVI a Valencia (España). V Encuentro Mundial de las Familias. Santa Misa. Homilía del Santo Padre. Cuidad de las Artes y de las Ciencias. Sábado, 8 de julio de 2006*, [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2006/july/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20060708\\_incontro-festivo\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/july/documents/hf_ben-xvi_spe_20060708_incontro-festivo_sp.html), visitado en 18/06/2014.

[www.boe.es/boe/dias/2003/02/15/pdfs/A06282-06283.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2003/02/15/pdfs/A06282-06283.pdf), visitada el 18/06/2014

[www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41458-41463.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41458-41463.pdf), visitado el 18/06/2014.

ZARRALUQUI, L., *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, citado en PALACIOS, M., "Terminología 2002...", <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpTerminologia.pdf>, visitado el 06/06/2014.



# 10. ANEXO

10.1. LEY 14/ 2006 SOBRE LA REPRODUCCIÓN  
ASISTIDA HUMANA

10.2. RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA  
ESPAÑOLA



# LEY 14/2006 SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

Norma: Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida

Fecha Publicación: 27/05/2006

Fecha Norma: 26/05/2006

Rango: Ley Ordinaria

Boletín: Boletín Oficial del Estado (BOE)

N. Boletín: nº 126

Modifica a: Deroga a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la 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.

Modificado por: Véase observaciones de vigencia

TEXTO:

*JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA*

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.

Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación.

El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias. En efecto, dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor - noviembre de 2003-, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada.

Precisamente por ello, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró particularmente crítica con este aspecto de la reforma.

Por otra parte, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, dispensaba distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003, fecha de la entrada en vigor, podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada Ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual. Para ello, en sus últimas reuniones ha ido



definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que esta Ley incorpora.

## II

Esta Ley se enmarca precisamente en esa línea e introduce importantes novedades. En primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. Debido a que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la Ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible. La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.

Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en

determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

La Ley es respetuosa con la realidad autonómica actual del Estado español, en el que la autorización de proyectos concretos corresponde de manera indudable a las comunidades autónomas, a las que se dota del necesario apoyo técnico, mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias comunidades autónomas.

Precisamente por ello, la Ley refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debe emitir informes preceptivos acerca de cuantos proyectos nuevos, sea para el desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero, al mismo tiempo, mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes.

Por otro lado, la realidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país no puede ser ajena a la consideración de que dichas técnicas se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo debe ir dirigida también a compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros.

Uno de los mecanismos prioritarios para contribuir a la equidad de esa relación es la disponibilidad de una información accesible a los usuarios de las técnicas que sea clara y precisa sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican. Esta necesidad se traduce en la Ley en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información que deben constituirse, hasta el punto de considerar dicha información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas, de manera que se proporcionen a los ciudadanos que acuden a los centros los instrumentos adecuados de información que les permitan ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión.

Para ello, además del Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, ya previsto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre,

se crea el Registro de actividad de los centros de reproducción asistida. En el primero se consignarán los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Y en el segundo se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos, al menos, una vez al año. También se recogerá el número de preembriones que se conserven en cada centro o servicio de reproducción asistida y se elimina la obligación establecida en la Ley anterior de enviar los preembriones sobrantes al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

La Ley concluye con el correspondiente régimen de infracciones y sanciones, en el que se definen las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones.

Por último, esta Ley deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes y a asumir sus funciones y competencias, excepto las que corresponden al Instituto de Salud «Carlos III», lo que supone la separación de las funciones puramente asistenciales de las relacionadas con la investigación.

## CAPÍTULO I

### Disposiciones generales

#### Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

#### Artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida.

1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo.

2. La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental.

3. El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

#### Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

2. 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.

3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

Artículo 4. Requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida.

1. La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

2. La autorización de un centro o servicio sanitario para la práctica de las técnicas de reproducción asistida exigirá el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el capítulo V de esta Ley y demás normativa vigente, en especial, la dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

## CAPÍTULO II

### Participantes en las técnicas de reproducción asistida

#### Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. 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.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de

los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

5. 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.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis.

A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

#### Artículo 6. Usuarios de las técnicas.

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.



4. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

5. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. 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.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

#### Artículo 9. Premoriencia del marido.

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 artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

#### Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. 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.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

### CAPÍTULO III

Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

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

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.

4. 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.

5. 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.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. 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.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.

7. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

8. Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente.

#### Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional.

1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

#### Artículo 13. Técnicas terapéuticas en el preembrión.

1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

2. La terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.

b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.

c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

3. La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

#### CAPÍTULO IV

##### Investigación con gametos y preembriones humanos

##### Artículo 14. Utilización de gametos con fines de investigación.

1. Los gametos podrán utilizarse de manera independiente con fines de investigación.

2. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no podrán utilizarse para su transferencia a la mujer ni para originar preembriones con fines de procreación.

##### Artículo 15. Utilización de preembriones con fines de investigación.

1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

b) Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado.

c) En el caso de los proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que la investigación se realice en centros autorizados. En todo caso, los proyectos se llevarán a cabo por equipos científicos cualificados, bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.

d) Que se realicen con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida si se trata de proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o del órgano competente si se trata de otros proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias.

e) En el caso de la cesión de preembriones a otros centros, en el proyecto mencionado en el párrafo anterior deberán especificarse las relaciones e intereses comunes de cualquier naturaleza que pudieran existir entre el equipo y centro entre los que se realiza la cesión de preembriones. En estos casos deberán también mantenerse las condiciones establecidas de confidencialidad de los datos de los progenitores y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

2. Una vez terminado el proyecto, la autoridad que concedió la autorización deberá dar traslado del resultado de la experimentación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y, en su caso, al órgano competente que lo informó.

Artículo 16. Conservación y utilización de los preembriones para investigación.

1. Los preembriones crioconservados sobrantes respecto de los que exista el consentimiento de la pareja progenitora o, en su caso, la mujer para su utilización con fines de investigación se conservarán, al igual que aquellos otros para los que se haya consentido en otros destinos posibles, en los bancos de preembriones de los centros de reproducción asistida correspondientes.

2. La utilización efectiva del preembrión con fines de investigación en un proyecto concreto en el propio centro de reproducción asistida, o su traslado a otro centro en el que se vaya a utilizar en un proyecto concreto de investigación, requerirá del consentimiento expreso de la pareja o, en su caso, de la mujer

responsable del preembrión para su utilización en ese proyecto, previa información pormenorizada y comprensión por los interesados de los fines de esa investigación, sus fases y plazos, la especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación, así como de sus consecuencias posibles. Si no se contase con el consentimiento expreso para la utilización en un proyecto concreto de investigación, deberá recabarse en todo caso antes de su cesión a ese fin, salvo en el caso de la ausencia de renovación del consentimiento previsto en el artículo 11.6.

## CAPÍTULO V

### Centros sanitarios y equipos biomédicos

Artículo 17. Calificación y autorización de los centros de reproducción asistida.

Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se registrarán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica.

Artículo 18. Condiciones de funcionamiento de los centros y equipos.

1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios, que se determinarán mediante real decreto. Actuarán interdisciplinariamente, y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones.

2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses



de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.

4. Los equipos biomédicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente, y deberán cumplimentar igualmente los protocolos de información sobre las condiciones de los donantes o la actividad de los centros de reproducción asistida que se establezcan.

#### Artículo 19. Auditorías de funcionamiento.

Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.

### CAPÍTULO VI

#### Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida

#### Artículo 20. Objeto, composición y funciones.

1. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.

2. Formarán parte de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida representantes designados por el Gobierno de la Nación, las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de

consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.

3. Podrán recabar el informe o asesoramiento de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida los órganos de gobierno de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, así como las comisiones homólogas que se puedan constituir en estas últimas.

Los centros y servicios sanitarios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida podrán igualmente solicitar el informe de la Comisión Nacional sobre cuestiones relacionadas con dicha aplicación. En este caso, el informe deberá solicitarse a través de la autoridad sanitaria que haya autorizado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por el centro o servicio correspondiente.

4. Será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en los siguientes supuestos:

a) Para la autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimental, no recogida en el anexo.

b) Para la autorización ocasional para casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en el artículo 12.2.

c) Para la autorización de prácticas terapéuticas previstas en el artículo 13.

d) Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida.

e) En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en esta Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida.

f) En cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto.

5. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberá ser informada, con una periodicidad al menos semestral, de las prácticas de diagnóstico preimplantacional que se lleven a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1.

Igualmente, con carácter anual deberá ser informada de los datos recogidos en los Registros nacionales de donantes y de actividad de los centros a los que se refieren los artículos 21 y 22.

6. Las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de comisiones de soporte y referencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y colaborarán con ésta en el ejercicio de sus funciones.

7. Los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.

## CAPÍTULO VII

### Registros nacionales de reproducción asistida

#### Artículo 21. Registro nacional de donantes.

1. El Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos.

2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas en lo que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Artículo 22. Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida.

1. Con carácter asociado o independiente del registro anterior, el Gobierno, mediante real decreto y previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, regulará la constitución, organización y funcionamiento de un Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida.

2. El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida deberá hacer públicos con periodicidad, al menos, anual los datos de actividad de los centros relativos al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentren autorizados, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, y cualquier otro dato que se considere necesario para que por los usuarios de las técnicas de reproducción asistida se pueda valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro.

El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida recogerá también el número de preembriones crioconservados que se conserven, en su caso, en cada centro.

Artículo 23. Suministro de información.

Los centros en los que se practiquen técnicas de reproducción asistida están obligados a suministrar la información precisa, para su adecuado funcionamiento, a las autoridades encargadas de los registros regulados en los dos artículos anteriores.

## CAPÍTULO VIII

### Infracciones y sanciones

Artículo 24. Normas generales.

1. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

2. Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas.

En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

4. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

En la adopción y cumplimiento de tales medidas se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En los casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este apartado podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de aquéllas. El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 1.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

5. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año.

#### Artículo 25. Responsables.

De las diferentes infracciones será responsable su autor.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan.

De conformidad con lo previsto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.

#### Artículo 26. Infracciones.

1. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves.

2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes:

a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.

b) Son infracciones graves:

1.<sup>a</sup> La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.

2.<sup>a</sup> La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.

3.<sup>a</sup> La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.

4.<sup>a</sup> La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual.

5.<sup>a</sup> La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.

6.<sup>a</sup> La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6.

7.<sup>a</sup> La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3.

8.<sup>a</sup> La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.

9.<sup>a</sup> La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.

10.<sup>a</sup> En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.

11.<sup>a</sup> La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas.

12.<sup>a</sup> El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

c) Son infracciones muy graves:

1.<sup>a</sup> Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

2.<sup>a</sup> La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.

3.<sup>a</sup> La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.

4.<sup>a</sup> La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.

5.<sup>a</sup> La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora.

6.<sup>a</sup> La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres.

7.<sup>a</sup> La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos.

8.<sup>a</sup> La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

9.<sup>a</sup> La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos.

10.<sup>a</sup> La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

#### Artículo 27. Sanciones.

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros.

En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c) 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b) 5.<sup>a</sup>, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia.



3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción.

5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.

#### Artículo 28. Competencia sancionadora.

Los órganos competentes de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.

Disposición adicional primera. Preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

A partir de la entrada en vigor de esta Ley, las parejas o, en su caso, las mujeres que dispongan de preembriones crioconservados en los bancos correspondientes y que hubieran ejercido su derecho a decidir el destino de dichos preembriones mediante la firma del consentimiento informado correspondiente en los términos permitidos por la legislación anterior, podrán ampliar o modificar los términos de su opción con cualquiera de las previstas en esta Ley.

Disposición adicional segunda. Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humanos.

#### Derogada

La Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humanos mantendrá su composición, competencias y reglas de funcionamiento actuales, dependiente del Instituto de Salud «Carlos III». En particular, le corresponderá la emisión del informe previsto en el segundo inciso del artículo 15.1.d), relativo a los proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias.

Disposición adicional tercera. Organización Nacional de Trasplantes.

1. Se modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, creado por la disposición adicional única de la 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, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes.

2. La Organización Nacional de Trasplantes conserva la naturaleza de organismo autónomo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídico-pública diferenciada y plena capacidad de obrar, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, al que corresponde su dirección estratégica y la evaluación y control de los resultados de su actividad. En dicho organismo estarán representadas las comunidades autónomas en la forma que reglamentariamente se establezca.

3. Son fines generales de la Organización Nacional de Trasplantes, sin perjuicio de las competencias del Instituto de Salud «Carlos III» y de las atribuciones de otros órganos del Ministerio de Sanidad y Consumo y de las Comunidades Autónomas:

a) Coordinar la política general de donación y trasplantes de órganos y tejidos de aplicación en humanos en España.

b) Promover e impulsar la donación de órganos y tejidos.

c) Promover e impulsar los trasplantes de órganos, tejidos y células en España.

d) Promover la formación continuada en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos.

e) Desarrollar, mantener, custodiar y analizar los datos de los registros de origen, destino y seguimiento de los órganos y tejidos obtenidos con la finalidad de trasplante.

f) Asesorar al Ministerio de Sanidad y Consumo y a los departamentos de sanidad de las comunidades autónomas en materia de trasplantes de aplicación en humanos.

g) Representar al Ministerio de Sanidad y Consumo en los organismos nacionales e internacionales en materias relacionadas con los trasplantes.

h) Aquellas otras funciones que pueda asignarle el Ministerio de Sanidad y Consumo en la coordinación y gestión de los ensayos clínicos y la aplicación terapéutica de la medicina regenerativa.

4. Para la consecución de sus fines, se atribuyen a la Organización Nacional de Trasplantes las funciones que en materia de trasplantes se reconocen al Ministerio de Sanidad y Consumo por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y atribuidas a la Organización Nacional de Trasplantes por el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

5. Las funciones y competencias en materia de investigación en terapia celular y de medicina regenerativa del organismo modificado se atribuyen al organismo autónomo Instituto de Salud «Carlos III».

6. El personal que a la entrada en vigor de esta Ley preste servicios en el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, en el ámbito de las funciones y competencias que se atribuyen a la Organización Nacional de Trasplantes, y aquel del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que realice funciones de soporte y coordinación de trasplantes, quedará integrado en el organismo autónomo que se modifica con la misma naturaleza, régimen jurídico, situación, antigüedad, régimen retributivo y de organización que tuviera. Queda exceptuado de esta disposición el personal perteneciente a la Subdirección General de Terapia Celular y Medicina Regenerativa, que se adscribe al Instituto de Salud «Carlos III».

7. El personal al servicio de la Organización Nacional de Trasplantes podrá ser funcionario, estatutario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. El personal estatutario estará sujeto a la relación funcional especial prevista en el artículo 1 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y le será de aplicación la citada Ley.

8. La Organización Nacional de Trasplantes asumirá la titularidad de los recursos, derechos, deberes y obligaciones que, en el ámbito de sus fines y competencias, fueran de la titularidad del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

9. El Gobierno, en el plazo de seis meses, aprobará un nuevo estatuto de la Organización Nacional de Trasplantes, adaptado a esta Ley, mediante real decreto, a iniciativa del Ministro de Sanidad y Consumo y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Hasta entonces permanecerá vigente el aprobado por el Real Decreto 176/2004, de 30 de enero, en cuanto se ajuste a los fines enumerados en el apartado 3 de esta disposición y no se oponga a lo previsto en esta Ley.

Disposición adicional cuarta. Banco Nacional de Líneas Celulares.

El Banco Nacional de Líneas Celulares se adscribe al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto de Salud «Carlos III».

Disposición adicional quinta. Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad.

Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la 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.

Disposición final primera. Título competencial.

Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior su capítulo IV, que se dicta al amparo del artículo 149.1.15.<sup>a</sup> de la Constitución, y los artículos 7 a 10, que se dictan al amparo de su artículo 149.1.8.<sup>a</sup>

Disposición final segunda. Desarrollo normativo.

Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto.

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 26 de mayo de 2006.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

ANEXO

A) Técnicas de reproducción asistida

1. Inseminación artificial.
2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
3. Transferencia intratubárica de gametos.

B) Procedimientos diagnósticos

Procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermatozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba.

VIGENCIA:

Modificaciones sufridas por esta norma:

\*SE MODIFICAN los artículos 5.4, 6, 11 y 15.1, por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

\* SE DEROGA la Disposición adicional segunda y SE MODIFICA el punto 2º del la letra A) del Anexo por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

\* SE ADICIONA un apartado 3º al artículo 7 por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

**STC 212/1996.** Donación nasciturus. Donación de órganos menor de edad. Consideración jurídica del embrión. Derecho a la vida feto. Sentencia 212/1996. Proyecto de ley de aborto. Regimen legal extraccion trasplante organos. Manipulacion genetica embrión. Feto y nasciturus. Fetos y embriones. Ley de extracción y trasplante de órganos. Menores de edad trasplante de organos. Aborto, nasciturus,

**Jurisdicción:** Constitucional

**Ponente:** Pedro Cruz Villalón

**Origen:** Tribunal Constitucional

**Fecha:** 19/12/1996 **Fecha publicación:** 22/01/1997

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Pleno

**Número Sentencia:** STC212/1996

**Supuesto de hecho:** Recurso de inconstitucionalidad 596/1989

**Voces sustantivas:** Donación, Delitos relativos a la manipulación genética, Derechos fundamentales y libertades públicas, Garantías penales, Incapacidad, Infracciones y sanciones, Libertades públicas, Mandato, Nasciturus, Prescripción, Principios constitucionales, Patentes, Sanciones administrativas, Derecho a la vida, Ejercicio de los derechos, Extracción y trasplante de órganos, Interdicción de la arbitrariedad, Presunciones, Principio de seguridad jurídica, Potestad reglamentaria, Principio de legalidad, Régimen sancionador, Seguridad jurídica, Deslegalización, Embargo, Grupos parlamentarios, Interrupción del embarazo, Investigación científica, Marcas, Menores de edad, Nasciturus, Plazos, Reserva de ley, Utilización de embriones

**Voces procesales:** Acción penal, Prescripción, Recurso de inconstitucionalidad, Conexión, Interposición del recurso, Principio de interdicción de la arbitrariedad, Principio de legalidad

**RESUMEN:**1. El art. 15 C.E. reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los «nascituri»: Así, «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al "nasciturus" le corresponda también la titularidad del derecho a la vida». Esta afirmación, reiteradamente proclamada en la STC 53/1985, nos lleva ya a una primera conclusión de particular alcance a los presentes efectos. En esta Ley, por su propio objeto y desarrollo, no se encuentra implicado el derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida, a diferencia de lo que puede ser el caso de otra Ley, frecuentemente utilizada como término de comparación, la ya citada Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos. 2. Con independencia de lo anterior la STC 53/1985 ha declarado repetidamente

que «el "nasciturus" está protegido por el art. 15 de la Constitución»; en este contexto se sitúa, en buena medida, la Ley 42/1988, en cuanto regula determinados extremos relativos a embriones y fetos humanos que, en algunos casos, pueden o han podido tener una oportunidad de nacer, es decir, que han podido incorporar a un «nasciturus», por tanto, a un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho a la vida, al igual que de los restantes derechos humanos. La propia STC 53/1985 afirmaba que esta protección que la Constitución dispensa al «nasciturus» implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». En conclusión, del art. 15 C.E. se deriva lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido por tanto el legislador, deber que en este caso se proyecta sobre los «nascituri». 3. La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de «nascituri» toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión «no viables», que nunca van a «nacer», en el sentido de llevar una propia «vida independiente de la madre» (STC 53/1985). Puede decirse, así, que la Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona. Las puntuales referencias a fetos humanos viables van todas ellas dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, es decir, a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse. 4. A diferencia de la remisión contenida en la Disposición adicional segunda («Reglamentariamente se creará un Registro Nacional de Centros o Servicios autorizados en los que se utilice o investigue material genético»), la Disposición adicional primera contiene un mandato al Gobierno para el desarrollo, entre otros, del concreto extremo de la Ley 42/1988 que nos ocupa, es decir, la concreción en alguna mayor medida de lo que deba entenderse por «viabilidad», mandato este efectuado por el preciso espacio temporal de seis meses a partir de la fecha de la promulgación de la Ley. El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo. Lo cual



es tanto como decir que el contenido normativo de la impugnada letra e) de la Disposición adicional desapareció por entero con el transcurso de los seis meses siguientes a la promulgación de la Ley 42/1988, provocando así la desaparición sobrevenida, que ahora apreciamos, del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en este particular. 5. Aclarado que la Ley no prevé la donación sino de embriones o fetos muertos o, en todo caso, no viables (o de estructuras biológicas procedentes de los mismos cuya muerte ya ha sido constatada, art. 6), el reproche que se hace al empleo de tal concepto jurídico carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular «donación», al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/79, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la «patrimonialización» de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el art. 2 d) de la Ley. 6. Por lo que se refiere al reproche de una deficiente sanción penal de algunas de las conductas contempladas por la Ley, una cosa es que una práctica ausencia de «normas penales» pueda ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del art. 15 C.E. y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley como la presente, destinada a regular la donación y utilización de embriones y fetos, vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal. Esto vale en particular para el art. 3.4 de la Ley, en el que se prohíbe al equipo que realice la interrupción de un embarazo el que intervenga en la utilización del correspondiente embrión o feto. Que una prohibición de esta naturaleza deba ser necesariamente hecha efectiva a través del instrumento último de la sanción penal es algo que en modo alguno se deriva de la doctrina constitucional. En cuanto al art. 3.2 de la Ley 42/1988, que excluye el que la interrupción del embarazo pueda tener como finalidad la donación y posterior utilización del embrión o feto, es patente que describe una conducta ya tipificada y sancionada por el Código Penal. 7. A diferencia de otras reservas ordenadoras del sistema de fuentes (así, el art. 168 C.E.), la referencia del art. 81.1 C.E. no se hace a los contenidos generales de los preceptos afectados sino, directamente, a los derechos fundamentales y libertades públicas, de tal modo que ha debido ser este Tribunal quien interpretase qué debe entenderse por tales a los precisos efectos de esta reserva de ley orgánica. No basta, pues, con que una determinada exigencia dirigida al legislador, como las que hoy nos ocupan, se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquéllos también el ámbito de la citada reserva de ley orgánica; el entendimiento estricto de esta reserva que viene haciendo este Tribunal impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del derecho fundamental, en

este caso el derecho fundamental de todos a la vida, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los preceptos de la Sección 1., en este caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del «nasciturus», tal como ha quedado recogido más arriba. Debe descartarse, en conclusión, que la Ley 42/1988 haya acometido un desarrollo normativo del derecho fundamental de todos a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución en el sentido del art. 81.1 C.E., que hubiera debido adoptar, por tanto, la forma de Ley Orgánica. 8. La última remisión a las «disposiciones normativas» que contiene el art. 5.1 de la Ley vulneraría según los recurrentes la reserva de ley del art. 53.1 C.E. por implicar una deslegalización contraria a la citada reserva. La tramitación parlamentaria del precepto pone de manifiesto que con esta formulación no se ha querido aludir sino a los supuestos de aborto no punible del art. 417 bis del derogado Código Penal, precepto sin embargo mantenido en el Código vigente. De hecho, y con independencia de lo anterior, en el contexto de un pronunciamiento de principio tan radical como el que en el precepto se contiene, es ese el único sentido que cabe atribuirle, e incluso, la única interpretación que quepa considerar lógica. En estos términos, y ante el evidente déficit de precisión del precepto, sólo un pronunciamiento interpretativo por nuestra parte puede satisfacer las evidentes exigencias del principio de legalidad en esta materia. El precepto es constitucional en la medida en que las «disposiciones normativas vigentes» del art. 5.1 de la Ley 42/1988 no aluden sino al referido, y aún vigente, art. 417 bis del derogado Código Penal. 9. Es doctrina constante de este Tribunal que el art. 25.1 C.E. incorpora, junto a una garantía de carácter formal relativa al rango necesario de las normas tipificadoras del ilícito administrativo y de su sanción, y que en materia de sanciones administrativas posee un alcance relativo pues permite, a diferencia de la materia penal, un mayor margen de actuación al Ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones (SSTC 42/1987, 101/1988, 29/1989 y 83/1990), otra «de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas (que) refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes» (STC 305/1993, por todas). El recurso de inconstitucionalidad debe ser estimado en este extremo, toda vez que, ciertamente, y como consecuencia del impugnado inciso, el art. 9.1 de la Ley 42/1988 no respeta la referida exigencia de predeterminación normativa. El precepto legal en cuestión efectúa una remisión, en sí misma lícita, a las normas sancionadoras («normas sobre infracciones y sanciones»), en este caso, de la Ley General de Sanidad, concretamente a las contenidas en sus arts. 32 a 37. Y, en efecto, el art. 35 de dicha Ley aborda muy particularmente las diferentes infracciones, agrupándolas en leves,

graves y muy graves, en tanto su art. 36 especifica las correspondientes sanciones. Ahora bien, la inserción en el precepto impugnado del inciso «con las adaptaciones que requiera la materia», en su absoluta genericidad, deja en la más completa indeterminación el régimen sancionador que el legislador ha pretendido imponer en esta materia. Un inciso como el que nos ocupa, insertado en un precepto de remisión de esta naturaleza, resulta, por tanto y por sí mismo, contrario al principio de legalidad penal, siendo, desde luego inconstitucional y nulo.



STC 116/1999. recurso de inconstitucionalidad: objeto. Objeto de la ley orgánica. Derecho a la vida. Concepto constitucional de familia.. Demanda de paternidad de un nasciturus. Medicos objeción de conciencia en el aborto. Stc 116/1999. Derecho a la vida feto. Concepto de familia. Inconstitucionalidad reproducción asistida. Derecho a la objecion de conciencia de medicos. Sentencia 116/1999. Nasciturus feto embrión. Stc 212/1996

**Jurisdicción:** Constitucional

**Ponente:** Carles Viver Pi-Sunyer

**Origen:** Tribunal Constitucional

**Fecha:** 17/06/1999 **Fecha publicación:** 08/07/1999

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Pleno

**Número Sentencia:** STC116/1999

**Supuesto de hecho:** Recurso de inconstitucionalidad nº 376/89, promovido contra diversos preceptos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reprtoducción Asistida

**Voces sustantivas:** Donación, Delitos de aborto, Depósito, Derechos fundamentales y libertades públicas, Filiación, Garantías penales, Incapacidad, Infracciones y sanciones, Infracciones y sanciones administrativas, Libertades públicas, Mandato, Nasciturus, Obligaciones recíprocas, Prescripción, Atentados, Cultura, Concurrencia de causas, Derecho a contraer matrimonio, Derecho a la educación, Derecho a la intimidad, Derecho a la vida, Derecho a una remuneración suficiente, Fecundación in vitro, Garantías constitucionales, Incompatibilidades, Inseminación artificial, Interdicción de la arbitrariedad, Maternidad, Principio de seguridad jurídica, Paternidad, Potestad reglamentaria, Principio de legalidad, Régimen sancionador, Seguridad jurídica, Transferencia de embriones, Transferencia intratubárica de gametos, Órganos administrativos competentes, Adopción, Autorización administrativa, Derecho a la herencia, Embargo, Grupos parlamentarios, Hijos adoptivos, Infracciones graves, Infracciones muy graves, Investigación científica, Marcas, Matrimonio, Nasciturus, Objeto de la ley, Plazos, Reserva de ley, Utilización de embriones, Órganos colegiados

**Voces procesales:** Prueba, Prescripción, Quiebra, Recurso de inconstitucionalidad, Investigación de la paternidad, Motivos del recurso, Principio de legalidad

## **RESUMEN:**

1. La Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1 C.E., a tenor de la doctrina de la [STC 212/1996](#) [F. J. 4]. 2. Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho

fundamental a la vida que garantiza el art. 15 C.E., lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional [F. J. 5]. 3. La investigación o experimentación sobre los gametos, o con ellos, no supone atentado alguno al derecho a la vida, en los términos establecidos por la Ley impugnada [FF. JJ. 6 y 7]. 4. Las intervenciones sobre los preembriones reguladas por la Ley, ya sean para investigación o para experimentación, no pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana porque sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables [FF. JJ. 8 y 9]. 5. La decisión, a solicitud de la mujer receptora, de suspender las técnicas de reproducción asistida sólo puede tener lugar mientras dichas técnicas se estén llevando a efecto [F. J. 10]. 6. De la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando; lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias [F. J. 11]. 7. Esta misma finalidad de conservación del material reproductivo es la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos, en orden a su puesta a disposición de los bancos correspondientes [F. J. 11]. 8. La donación de gametos y preembriones no implica en modo alguno la patrimonialización que se pretende, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida [F. J. 11]. 9. Los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. Por ello, han de considerarse como suficientes las garantías que se adoptan en la Ley 35/1988 respecto a determinadas intervenciones orientadas a fines de diagnóstico o terapéutico [F. J. 12]. 10. Las intervenciones con finalidad diagnóstica, están reguladas válidamente, siempre que se interprete que las intervenciones del art. 12.2 de la Ley sólo aluden al aún vigente art. 417 bis del derogado **Código Penal** [F. J. 12]. 11. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, e incluye relaciones sin descendencia [F. J. 13]. 12. La fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar [F. J. 13]. 13. Es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas de la

Ley [F. J. 13]. 14. No existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un sólo texto normativo todo el Derecho de familia [F. J. 14]. 15. No carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, establezca ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la filiación de los nacidos por fecundación artificial [F. J. 14]. 16. La Constitución ordena al legislador que la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor. La Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos no es inconstitucional [F. J. 15]. 17. La norma de remisión prevista en el art. 20.1 de la Ley enjuiciada, que declara aplicables las infracciones y sanciones de la Ley General de Sanidad , vulnera el principio de legalidad penal [F. J. 16]. 18. La habilitación que el legislador realiza en favor de la potestad reglamentaria del Gobierno, en la Disposición final primera, decayó al transcurrir el plazo de seis meses sin ejercerla [F. J. 17].





**Número Sentencia:** 2252/2001 **Número Recurso:** 1501/2000

**Origen:** Tribunal Supremo

**Jurisdicción:** Penal

**Ponente:** José Aparicio Calvo-Rubio

**Fecha:** 29/11/2001

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Segunda **Sección:** Primera

Procedimiento: Recurso de casación

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil uno.

En el recurso de casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la acusación particular Soledad , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial Murcia, Sección Cuarta de uno de marzo de dos mil, que absolvió a Vicente y a Camila de los delitos de aborto por imprudencia profesional y otros, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, siendo parte como recurridos Vicente , Camila y la Clínica Virgen de la Vega, S.A.; el Ministerio Fiscal y estando representada la acusación particular como recurrente por el Procurador Sr. D. Juan Ignacio Valverde Cánovas, la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Rosario Villanueva Camuñas por la parte recurrida Camila , y el procurador D. Jorge Delito García por la parte recurrida, Vicente y la Clínica Virgen de la Vega, S.A..

**RESUMEN**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida absolvió a los encausados, profesionales de la medicina, de los delitos de los que habían sido acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular. Esta se alza contra la sentencia por dos motivos, ambos por infracción de Ley.

En el primero, por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECr, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos -que son "admitidos incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia"- y demuestran la equivocación evidente del Tribunal.

2.- Los documentos invocados son dos informes del médico forense de naturaleza diferente, aunque relacionados entre sí. El primero es el de autopsia y el segundo sobre el método utilizado en el parto: La causa de la muerte consta en el relato fáctico de la sentencia

literalmente con las mismas palabras del forense que fue, en síntesis "un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico" éste, a su vez, "secundario de hemorragia subaponeurótica epicraneal". La Sala de instancia no se separó en absoluto del dictamen de autopsia. En cuanto a la utilización de la ventosa en el parto, a la que se refiere el segundo de los documentos, también es recogida expresamente en los hechos probados, como en el recurso se reconoce, atribuyéndole relación causal con el resultado letal en el fundamento jurídico primero. La sentencia tampoco se aparta de lo dictaminado por el forense aunque lo completa, en su libre valoración, con una interpretación integradora de lo sostenido por los demás peritos.

3.- Los informes periciales tienen carácter personal. No son documentos propiamente dichos sino pericia documentada, que no pueden habilitar, por regla general, la vía procesal establecida en el art. 849.2º de la LECr, aunque se ha admitido excepcionalmente por esta Sala su capacidad para demostrar el error de hecho siempre que se trate de un solo informe -o varios coincidentes- y se prescinda de él de modo irrazonable, o se le haya considerado de modo incompleto o fragmentario, obteniendo conclusiones diversas, opuestas o contrarios a las de los demás peritos, lo que merecería entonces la tacha de arbitrariedad interdictada por el art. 9 de la Constitución. El documento, por otra parte, ha de evidenciar el error por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo y sin que concurran otras pruebas, el Tribunal establezca conclusiones distintas, sin expresar las razones que lo justifiquen, lo que en modo alguno ocurre en este caso. El motivo no puede prosperar.

4.- Se intenta completar, no obstante, el argumento impugnativo en consideraciones que atañen a la tipicidad, que es objeto del motivo siguiente. Se discrepa de la calificación jurídica de la sentencia por entender que la incorrecta utilización de la ventosa no es imprudencia leve sino impericia inexplicable constitutiva de imprudencia grave profesional, lo que rebasa el ámbito procesal de este primer motivo pues esta segunda censura ya no es por error facti sino por error iuris. El reproche se hace, además, desde la perspectiva subjetiva del recurrente en la valoración de la prueba, con la que no puede sustituir al juzgador porque es competencia reservada, constitucional y procesalmente, al Tribunal que conoció la causa en la instancia y presidió la práctica de todas las pruebas escuchando las alegaciones contradictorias de las partes bajo los principios de igualdad y publicidad. La alegación de esta segunda parte del motivo no es más que un adelanto, ahora prematuro e intempestivo, de la que se plantea en el motivo siguiente. Este ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo -y último- motivo de la acusación particular, única parte recurrente, al amparo del art. 849.1º de la LECr, se denuncia, por no haberse aplicado, la infracción de diferentes artículos del Código Penal, formulándose la queja de forma principal, alternativa y subsidiaria, partiendo siempre -se dice- del respeto al relato fáctico de la sentencia. Estima la recurrente que los hechos probados son constitutivos de un delito de lesiones culposas (aunque en el recurso se diga dolosas) causadas al feto previsto y penado en el art. 157

del CP en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del mismo texto legal.

Alternativamente de un delito de denegación de asistencia sanitaria previsto y penado en el art. 196 del CP, por no haberse "acudido a la cesárea".

Y subsidiariamente, de una falta de imprudencia leve prevista en el art. 621.2 del CP, de la que serían autores el médico y la matrona acusados.

2.- Urge aclarar la imposibilidad de que prospere la pretensión alternativa.

El art. 196 del CP, incluido en la calificación provisional no aparece en las definitivas y se insiste ahora en el recurso de casación.

En la provisional se calificaron los hechos, entre otros, de "un delito consumado de asistencia sanitaria del art. 196 del CP en concurso ideal con un delito continuado de omisión de socorro del art. 195.1 del CP".

El principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 de la Constitución, constituye una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/92, 83/92 y 358/83, entre otras). Los únicos elementos del escrito de calificación de la parte acusadora que tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al Juzgador, son el hecho y su calificación (S. 610/97, de 5 de mayo, citada por la 969/98, de 26 de enero). Son las conclusiones definitivas el instrumento procesal que ha de considerarse esencialmente a efectos de fijar la acusación y sobre las que ha de recaer la resolución del Tribunal (STC 91/89, de 16 de mayo). En este caso puede admitirse que el art. 196 se mantuvo en las definitivas al defenderse la fórmula genérica de modificar solo "el extremo relativo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse como culposas del art. 158 del CP". Volveremos sobre el tema al analizar la falta del art. 621.2 del CP.

3.- La conducta típica del novedoso subtipo agravado del art. 196 del CP vigente de 1995 se desdobra en dos pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurran otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales.

Ningún dato aparece en los hechos probados sobre la supuesta denegación de atención profesional a la parturienta o que luego se abandonara dicha asistencia. En el fundamento segundo de la sentencia se niega de plano la existencia del art. 196 del CP, en ninguno de los dos acusados, como ponen de manifiesto acertadamente tanto el Ministerio Fiscal como los defensores de los acusados al impugnar el recurso.

La pretensión casacional en este punto es improsperable. Los hechos probados no son subsumibles, en modo alguno, en el art. 196 del CP. La acusación particular recurrente se basa exclusivamente en que no se hizo la cesárea que hubiera salvado al niño. La cuestión es de hondo calado y será analizado en el fundamento cuarto de esta sentencia.

TERCERO.- 1.- Rechazada la pretensión alternativa procede examinar ahora la pretensión principal (lesiones culposas al feto del art. 157 en concurso con homicidio imprudente del art.142.1 y 3º) y la subsidiaria (-homicidio por imprudencia leve del art. 621.2-), lo que obliga a recordar la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así: 1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuricidad de la conducta imprudente; 4º) causación de un daño; y 5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 entre otras).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuricidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala "que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia", como estableció la S. 811/99, de 25 de mayo y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación.

2.- En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia (crimen culpae), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley (crimina culposa) y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la

idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10 de octubre de 1998 (recurso 4213/97). La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

3.- La sentencia recurrida establece con claridad la causa de la muerte del recién nacido, las circunstancias del parto y la técnica utilizada para resolver la situación creada y, finalmente, su valoración jurídico-penal.

a) La causa de la muerte del feto, como se adelantó en el motivo anterior, fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal, causada por la utilización de la ventosa que favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello de feto.

b) El embarazo había sido normal y el parto, en principio, también lo era, porque la única circunstancia de alto riesgo era la de ser la parturienta primípara de 38 años de edad. Sin embargo la dilatación incompleta de ésta y la situación alta del feto, que se encontraba en el primer plano de Hodge, pusieron de manifiesto la existencia de un riesgo concreto que planteó al médico ginecólogo de guardia -acusado en esta causa- el dilema de tener que optar por el alumbramiento manual mediante vacuoextracción o por la cesárea, decidiéndose por utilizar la ventosa como mecanismo de extracción del feto, derrapando la ventosa, al menos una vez, al tener que vencer una fuerte resistencia, lo que produjo la hemorragia causante, en definitiva, de la muerte del niño que tuvo lugar a las 22 horas y 30 minutos del día dos de noviembre de 1996, transcurridas doce horas y cincuenta minutos de su nacimiento, que ocurrió a las 9'40 horas del mismo día.

c) La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia ha estimado que no existió en el caso enjuiciado imprudencia grave, siguiendo la doctrina de esta Sala antes referida y recordando correctamente la diferencia jurisprudencial entre la culpa del profesional y la culpa propiamente profesional, que descansa en una impericia crasa, fuera de lo común, para concluir que la intervención y vigilancia de la matrona fue correcta mientras que la del médico ginecólogo merecía el reproche como imprudencia leve y no grave, fundándose en, síntesis, en dos razones. La primera porque dos peritos manifestaron, a la vista de la gráfica de la monitorización, que al ingreso de la parturienta en la clínica la realización de la cesárea era totalmente improcedente. Y la segunda porque en el informe del médico forense, se sostuvo, desde luego, que el sistema empleado de vacuoextracción no era el más indicado por encontrarse el feto en primer plano de Hodge, coincidiendo expresamente con el otro perito en la poca ortodoxia de utilizar la ventosa cuando el feto está alto, de lo que discreparon, sin embargo, otras opiniones, como la sostenida en un revista médica especializada que afirmaba que no era insólito, en estos casos, utilizar la ventosa aunque lo normal y frecuente es que se utilice en tercer y cuarto plano.

La Audiencia, concluye razonablemente, con rigor jurídico y ponderación equilibrada de todas

las circunstancias, que la actuación del ginecólogo no era constitutiva de imprudencia grave pero si leve lo que esta Sala asume pero no puede asumir el criterio de la Audiencia de que "tal imprudencia leve no puede ser castigada penalmente porque se trata de un hecho atípico", dado que el art. 621.2 del CP solo comprende como resultado la muerte de otra persona y en este caso, el que había nacido no lo era.

La cuestión es ardua y se examina en el fundamento siguiente.

CUARTO.- 1.- La sentencia de esta Sala de 5 de abril de 1995 dictada en el recurso de casación 2/1994, bajo la vigencia del C P de 1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del art. 158 del Código vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts, 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, " con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad".

2.- Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22 de enero de 1999 -recurso 3823/1997 - en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1º que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo

empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que "el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto" y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del art. 621.2º del Cº Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

3.- La acusación particular, como se dijo, calificó los hechos provisionalmente como constitutivos, entre otros, de un delito consumado de lesiones dolosas al feto, en concurso ideal con un delito consumado de homicidio imprudente.

En el antecedente quinto de la sentencia impugnada consta que al elevarlas a definitivas las modificó "en lo relativo al acusado Vicente , al entender que los hechos eran constitutivos de un delito previsto y penado en el art. 158 del Código Penal", precisando el acta del juicio oral que la acusación particular "modifica tan sólo en el extremo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse como culposas del art. 158 del C. Penal", lo que implica que las elevó a definitivas en todo lo demás y, por tanto, del homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del CP lo que le permitía, como hizo, mantener en este recurso de casación subsidiariamente, la acusación por la falta del art. 621.2 del mismo texto legal, lo que salva y garantiza en esta sede el cumplimiento de las exigencias del sistema acusatorio.

#### **FALLO:**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Soledad , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, con fecha uno de marzo de dos mil, en causa,

Procedimiento Abreviado nº 188/97, contra Vicente y Gabriela ; que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar. Con declaración de oficio de las costas del recurso y devolución del depósito que constituyó en su día.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Murcia nº 3, Procedimiento Abreviado nº 188/97 por delito de aborto por imprudencia profesional, lesiones dolosas al feto en concurso con homicidio imprudente y falta de imprudencia, interpuesta por D<sup>a</sup> Soledad , contra Vicente con DNI nº NUM000 , nacido el 18 de junio de 1949, de 50 años de edad, hijo de Lázaro y de Valentina , natural de Valencia, vecino de Murcia, con domicilio en CALLE000 , EDIFICIO000 nº NUM001 , de profesión médico ginecólogo, sin antecedentes penales, en libertad provisional y contra Gabriela , con DNI nº NUM002 , nacida el 18 de febrero de 1942, de 58 años de edad, hija de Lázaro y de Virginia , natural de Totana (Murcia), vecina de Murcia, con domicilio en DIRECCION000 , CALLE001 nº NUM003 , de profesión Matrona, sin antecedentes penales, en libertad provisional, se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Murcia , Sección Cuarta, que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Lázaro APARICIO CALVO- RUBIO, se hace constar lo siguiente.

### **Antecedentes Segunda Sentencia:**

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia.

### **Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:**



PRIMERO.- Los de la sentencia recurrida en lo que no se opongan a los de la precedente sentencia de casación.

SEGUNDO.- De acuerdo con el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de casación los hechos que se declaran probados son constitutivos de una falta de imprudencia leve prevista y penada en el art. 621.2 del CP de la que es responsable en concepto de autor el acusado D. Vicente .

Procede imponer al acusado la pena de multa de dos meses con la cuota de 5000 pts. diarias, proporcionada a los ingresos normales del acusado, por su profesión de médico y se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Clínica Virgen de la Vega donde desempeñaba su cometido como ginecólogo, por imperativo del art. 120.4º del CP a satisfacer en su caso, la indemnización de ocho millones de pts. a que se condena al acusado, que es la que solicitó el Ministerio Fiscal en la instancia y se considera adecuada teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

#### **Fallo Segunda Sentencia:**

Se confirma la absolución de Dª Camila . Condenamos a D. Vicente como autor responsable de una falta de imprudencia leve del art. 621.2º del CP a la pena de multa de dos meses, con la cuota diaria de 5000 pts, a las costas de un juicio de faltas y a que indemnice a Dª Soledad y a D. Andrés , en ocho millones de pts. y en su defecto la Clínica Virgen de la Vega como responsable civil subsidiario, declarándose de oficio las costas causadas en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:29/11/2001 LECTORES: Carlos Granados Pérez, Lázaro Aparicio Calvo-Rubio

COMENTARIOS: Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 2252/2001 de 29 de noviembre, dictada en el recurso número 1501/2000. Mi discrepancia es con el punto de vista manifestado en las siguientes afirmaciones de la sentencia. Una primera, que, recogiendo otra de la de esta misma sala de 22 de enero de 1999, dice: "El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto". Y otra, en la que se concluye: "No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una →persona→, el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal". Para, finalmente, entender que, puesto que se dan las exigencias típicas del art. 621,2º Cpenal, la conducta enjuiciada es típica, en contra de lo que mantiene el tribunal de instancia, y, por tanto,

debe casarse la sentencia. Mi criterio difiere, pues, a la hora de determinar el sentido que debe atribuirse al pronombre indefinido "otro" empleado por el Código Penal en los artículos citados, y también en el artículo 138 cuando se tipifica el homicidio. Con ese término se expresa el objeto material del delito. En una primera aproximación éste es un ser humano vivo. Pero el sintagma "vida humana" designa un proceso (STC 53/1985), integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen distinta consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal. Dentro de éste, el tratamiento diferencial se traduce, sustancialmente, en la existencia de distintas figuras de delito aplicables: las de homicidio/lesiones a "otro" y las de aborto/lesiones al feto. Por eso, la interpretación que se haga de aquel pronombre tendrá el alcance de precisar la línea de demarcación entre ambas modalidades delictivas. Para el Diccionario de la Real Academia, "otro" es "persona o cosa distinta de aquélla de que se habla". Y "distinto" quiere decir "que no es lo mismo, que tiene realidad o existencia diferente de aquello otro de que se trata". En filosofía y en psicología "el otro" cumple una función especular: cada ser humano depende de él para la constitución de su imagen. Ese interlocutor otro ha de ser, pues, una realidad autónoma. Y una realidad sólo es autónoma cuando excluye lo que ella misma no es. Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada; lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente. El feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno no responde conceptualmente a tal exigencia. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido. El delito de aborto protege la vida del nasciturus (STS 27 de junio de 1992), comprendida la del que ya ha comenzado a nacer (STS 23 de octubre de 1996). Para que éste pueda llegar a ser considerado "otro" ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda. Pertener a la categoría "ser vivo" es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de "otro" a los efectos de los arts. 138 y 157 Cpenal 1995. Un ser vivo en periodo de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como "otro" respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad. Pues ese concepto se satisface sólo por la concurrencia de dos clases de datos, unos de carácter biológico (en ese momento, el único realmente existente) y otros de naturaleza socio-cultural (que no se dan). El Código Penal derogado contenía un precepto, el del art. 410, relativo al infanticidio, que aportaba claridad a esta materia, puesto que el valor vida humana independiente allí protegido tenía su referente en el "recién nacido". Verdad es que se ha dicho que con tal expresión se quería señalar el momento-límite de posible incidencia del honor para determinar una reducción de la pena.

Pero no es así: "matar al hijo recién nacido" quiere decir hacer objeto de la acción letal a un sujeto cuyo estado actual se puede denotar mediante el uso del participio del verbo nacer ("nacido") y no de otro modo (es decir, con el gerundio -"naciendo"-, por ejemplo). La realización del tipo objetivo requería como objeto de la acción criminal un individuo (ya) "nacido" y nacido muy poco tiempo antes. Tal es la determinación que ejerce ese adverbio de tiempo sobre el participio al que precede. Pues bien, es obvio que la destipificación del delito de infanticidio no tuvo por finalidad introducir una modificación en la materia que nos ocupa, sino que respondió a otras exigencias, relacionadas con la cuestionable particularidad del citado precepto, que constituía un estado anímico en el núcleo del tipo. Por eso, la modificación legislativa no puede ser significativa de cambio alguno en esta materia. Es más, el momento de concreción del comienzo de la vida humana independiente, en el Código Penal vigente, ha perdido relevancia a la hora de determinar la posibilidad de sanción o la impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones en el caso del feto (por la previsión de tipos específicos, los de los arts. 145 y 157-158). De este modo, la decisión de la sentencia que motiva este voto, de adelantar el umbral de la protección de aquél mediante la reconsideración extensiva del objeto material del homicidio, es ahora todavía más difícil de apoyar con argumentos de derecho positivo. De ahí que entienda que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haberse confirmado. Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



**Número Sentencia:** 835/2013 **Número Recurso:** 245/2012

**Ponente:** Rafael Sarazá Jimena

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 06/02/2014

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Primera

**Supuesto de hecho:** El Supremo deniega la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de un contrato de alquiler. La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación, al no estar contemplado en la legislación española

**Voces sustantivas:** Adopción internacional, Conflicto de leyes, Depósito, Estado civil, Filiación, Inscripción en el registro civil, Nulidad de pleno derecho, Principios constitucionales, Pareja de hecho, Registro civil, Unión europea, Acciones de impugnación de la filiación, Acogimiento familiar, Asamblea general, Congreso de los diputados, Certificaciones registrales, Conceptos jurídicos indeterminados, Derecho a contraer matrimonio, Derecho a la integridad física y moral, Derecho a la intimidad, Determinación de la filiación, Discriminación por razón de sexo, Estado de necesidad, Incompatibilidades, Inscripción de la filiación, Inscripción de nacimiento, Inseminación artificial, Libre desarrollo de la personalidad, Libre circulación, Lugar de nacimiento, Maternidad, Nacimiento, Normas de conflicto, Orden público internacional, Paternidad, Principio de igualdad, Protección de la familia, Protección de los menores, Protección del menor, Protección integral de los hijos, Reclamación de paternidad, Resoluciones de la dirección general de los registros y del notariado, Adopción, Control de contenido, Costas del recurso, Derecho internacional privado, Encargado del registro civil, Imperio de la ley, Inscripción registral, Integridad moral, Matrimonio, Nacionalidad, Orientación sexual, Protección de la infancia, Trato discriminatorio

**Voces procesales:** Ministerio fiscal, Prueba, Recurso de apelación, Recurso de casación, Efectos de cosa juzgada, Motivos del recurso, Resoluciones extranjeras

**Resolviendo recurso contra resolución:** Audiencia Provincial de Valencia, de 23/11/2011

#### **RESUMEN:**

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto en Pleno Jurisdiccional un recurso de casación en materia de impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la filiación de dos niños nacidos en California como

consecuencia de un contrato de gestación por "vientre de alquiler".

El proceso se inició con la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Dirección General que acordó la inscripción de los menores que había sido denegada previamente por el encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles.

La demanda fue estimada en primera instancia. La sentencia canceló y dejó sin efecto la inscripción de nacimiento de los menores con las menciones de filiación de los padres. Estos, interesados en mantener su inscripción como padres, formularon recurso de apelación, y tras ser desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia, interpusieron recurso de casación.

La sentencia de la Sala, cuyo ponente ha sido el magistrado Sarazá Jimena, desestima el recurso de casación. A esta sentencia se ha formulado un voto particular por el magistrado Seijas Quintana, al que se han adherido los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol.

La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. La sentencia de la Sala centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español.

Dice la sentencia que la normativa del Registro Civil regula esta cuestión exigiendo que en el Registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.

En el derecho europeo es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio. En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida considera nulo el contrato de gestación por sustitución, y determina la filiación materna por el parto, con la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico.

La sentencia considera que esa previsión legal constituye el *orden público internacional español* en la materia, definiéndolo como el «sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos

ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan» y considera que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras.

La sentencia no admite el argumento del "interés superior del menor" como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. Deben ponderarse todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil.

Nuestro ordenamiento jurídico y los de otros países con similares principios y valores no aceptan que los avances en las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizen la gestación y la filiación o permitan a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza.

El Tribunal rechaza la alegación de discriminación, pues la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que ambos solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

Por último, la sentencia, con base en la obligación de los poderes públicos de atender al interés del menor, declara que debe permitirse la integración del niño en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre la situación familiar de estos menores, insta al Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la protección del menor, que inicie las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción.

El voto particular, redactado por el magistrado Seijas Quintana y al que se han adherido los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol, parte de la obligación de los jueces de resolver y tutelar situaciones concretas. Argumenta que no debe analizarse la cuestión desde la legalidad de la resolución extranjera, puesto que la filiación viene ya determinada por una autoridad extranjera, sino desde la perspectiva del reconocimiento en España de una decisión extranjera válida y legal conforme a la normativa californiana, para lo que no ha de acudir al artículo 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida como hace la sentencia, sino que debe hacerse el análisis

desde el orden público internacional en relación con el interés superior del menor.

Desde esta perspectiva, el voto particular analiza las tendencias actuales en el plano nacional e internacional para regularizar y flexibilizar estos supuestos, desde el cambio de requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado para permitir la inscripción, los reconocimientos de ciertos efectos a estos contratos por los tribunales de la jurisdicción social de nuestro país y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o el análisis de la cuestión por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya para la regularización internacional de la maternidad subrogada.

De lo anterior concluye que corresponde al legislador garantizar los derechos de todas las partes, pero que en este caso la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar, concluyendo que "no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada".