

PLAZO LEGAL DEL PROCESO DE FECUNDACIÓN POST MORTEM
EN ESPAÑA Y CATALUÑA

SONIA ÁLVAREZ GÓMEZ

Abogada

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. SUPUESTO FÁCTICO.**
- 3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y EFECTOS:**
 - 3.1 LEGISLACIÓN SUSTANTIVA REGULADORA DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM**
 - 3.2 REQUISITO PREVIO DE ADMISIBILIDAD PARA EL INICIO DEL PROCESO: EL CONSENTIMIENTO**
 - 3.3 FINALIDAD DEL PLAZO LEGAL EN EL PROCESO**
- 4. CONCLUSIONES**
- 5. JURISPRUDENCIA CITADA**

1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene su causa en un asunto real que fue objeto de un proceso de jurisdicción voluntaria por el que una viuda solicitó autorización judicial para continuar con un proceso de fecundación in vitro que había iniciado a los seis meses de la defunción del esposo sin haber conseguido un embarazo a término en el momento de la solicitud judicial (23 meses después del fallecimiento del esposo).

La petición realizada fue que se le autorizase a continuar con el proceso de fecundación in vitro hasta la obtención de un embarazo a término o bien, hasta el agotamiento del material reproductivo del esposo.

El principal obstáculo con que dicha petición se enfrentaba era la interpretación apriorística que mayoritariamente se realiza del artículo 9, apartados 1º y 2º, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), respecto del plazo anual desde la defunción del esposo con olvido, también, del artículo 235-8 del Código Civil de Catalunya.

La petición realizada, proponía al Tribunal dos premisas interpretativas de la citada normativa distinta al criterio mayoritario:

- a. que la legislación reguladora del plazo era a los efectos de determinar la filiación del nasciturus pero no a los efectos de limitar en el tiempo el proceso de fecundación asistida;
- b. que la fecundación asistida es un proceso que finaliza cuando se ha obtenido un embarazo a término o se ha agotado el material genético para conseguirlo, por lo que, si se inicia el proceso dentro del plazo legal, debe permitirse la continuación del mismo hasta la obtención del resultado perseguido o agotamiento del material.

2. SUPUESTO FÁCTICO

La solicitante inicia una relación sentimental con su pareja en 2006 y comienzan una convivencia ininterrumpida a partir de 2009.

A principios de 2014 se le diagnostica a la pareja de la solicitante una enfermedad que puede suponer la esterilidad del mismo, motivo por el

cual, decide la congelación del esperma para garantizar el proyecto de paternidad que ambos deseaban.

A mediados de 2014 y ante la gravedad de la enfermedad, la pareja de la solicitante suscribe autorización formal y expresa para que la solicitante pueda realizar uso reproductivo póstumo de semen/espermatozoides criopreservados, siendo su voluntad que en caso de fallecimiento sea la solicitante quien continuase con el proyecto familiar que ambos habían planeado.

En octubre de 2014, la enfermedad se ha agravado y éste le pide matrimonio a la solicitante contrayendo el mismo en el hospital y manifestando ambos cónyuges su deseo de ser padres.

Al día siguiente, el esposo fallece.

El esposo, que era hijo único no había otorgado testamento ni tenía descendencia en el momento de la defunción, siendo la viuda su heredera universal.

Procede indicar que no existía entre los padres ni con la familia extensa del esposo y la viuda conflicto o contienda alguna, antes al contrario, la relación era de ayuda y consuelo mutuos.

La viuda inicia un proceso terapéutico de superación del duelo y en abril de 2015 inicia el proceso de fecundación asistida con el material genético de su esposo.

Dicho tratamiento se realizó por la clínica durante los meses posteriores sin que se obtuviese un embarazo viable y hasta que la clínica, haciendo una interpretación, del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, consideró que debía interrumpir el procedimiento por haber transcurrido un año desde la muerte del cónyuge, solicitando una resolución judicial que le permitiera continuar con el tratamiento.

La viuda, tal como se ha indicado en la introducción de la presente comunicación, interpone una petición de jurisdicción voluntaria ante los Tribunales de Barcelona solicitando la autorización judicial para continuar

el proceso de fecundación asistida hasta la realización de un embarazo a término o bien, hasta el agotamiento del material genético del esposo.

El Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Barcelona, dicta Auto en fecha 13 de febrero de 2017, autorizando la continuación, una vez la resolución fuera firme, del tratamiento de fecundación post mortem de la viuda con el material genético de su esposo y hasta el agotamiento del material genético disponible siempre que en la solicitante no concurren circunstancias médicas o psicológicas que desaconsejen su continuación.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación que fue declarado desierto por la Sección 16ª de la Ilma. Audiencia de Barcelona en fecha 22 de noviembre de 2017 al no haber comparecido la fiscalía en tiempo y forma ante la Sala, deviniendo así el Auto de Primera Instancia, firme.

3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y EFECTOS

3.1 LEGISLACIÓN SUSTANTIVA REGULADORA DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM.

El artículo 9, apartados 1º y 2º, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), establece lo siguiente: "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."

Centrado lo anterior, debe señalarse que el artículo 9.2 mencionado choca con el artículo 11.3 de la misma ley, el cual establece que *"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."*

Por otro lado, el CCCat en su artículo 235-8, se refiere a la fecundación asistida de la mujer casada y en concreto en el párrafo segundo establece que:

"En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones:

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

Ante la regulación expuesta, dos son los obstáculos con los que se enfrenta el proceso de fecundación post mortem:

- a).- La inexistencia de consentimiento válido por ausencia de los requisitos formales para su validez. Este es el motivo que llega a los tribunales. Si se busca jurisprudencia sobre la fecundación post mortem, toda gira en torno a la validez del consentimiento previo.

b).- El plazo de un año desde la defunción del esposo: sobre esta cuestión no existe jurisprudencia en el momento en que se planteó la petición por parte de la solicitante. Si hemos de señalar que la peticionaria había consultado con diversos juristas y la opinión de éstos y de la doctrina era entender que el plazo de un año era de caducidad y que si cumplido el mismo no se había conseguido el embarazo a término, no podía continuarse con el proceso. Sin embargo, insistimos, no existía jurisprudencia al respecto en el momento de plantear la petición. Pese a lo expuesto, existe un Auto de la Ilma. Audiencia de Barcelona de 12 de julio de 2011 (Sección 18ª) en el que, en la práctica, al resolver la validez del consentimiento del esposo permite, de manera indirecta, el inicio de un proceso de fecundación habiendo superado con creces el año desde el fallecimiento del mismo.

3.2 REQUISITO PREVIO DE ADMISIBILIDAD PARA EL INICIO DEL PROCESO: EL CONSENTIMIENTO

Procede indicar previamente y a los efectos del presente epígrafe pero también del siguiente, que los esposos tenían vecindad civil catalana y por tanto, y por aplicación del artículo 14.1 del Estatut de Catalunya y los artículos 111-3.1, 111-4 y 111-5 y concordantes del Codi Civil de Catalunya (CCCat), les es de aplicación la normativa reguladora de la fecundación post mortem del artículo 235-8 (CCCat).

No obstante lo anterior, también fue objeto de análisis el mencionado artículo 9 y concordantes de la LTRHA.

En el caso analizado, el esposo otorgó autorización por escrito en un documento facilitado por el centro hospitalario donde actuaron como testigos y firmaron al efecto, el médico facultativo especialista encargado del tratamiento del autorizante y un familiar directo del mismo. En dicho documento se explicitaba sin género de dudas que autorizaba la utilización de su material genético por su esposa para el supuesto de su fallecimiento.

Así redactado y firmado el documento con los testigos indicados, tanto el Ministerio Fiscal como el Juzgado estimaron que el consentimiento fue válido y cumplía los requisitos tanto del artículo 9.2 LTRHA como del artículo 235-8.a) del CCCat.

3.3 FINALIDAD DEL PLAZO LEGAL EN EL PROCESO

El nudo gordiano de la discusión fue si el plazo que fijaba el artículo 9.2 LTRHA y el fijado en el artículo 235-8.c) del CCCat eran de caducidad, de tal manera que cumplido el mismo, no podía continuarse con el proceso.

Este era el argumento defendido por la fiscalía entendiéndose que incluso era más generosa la LTRHA que el CCCat, al entender, por su parte que el plazo estatal era más amplio que el autonómico.

Frente a la argumentación del Ministerio Público, el Juzgado asumió la interpretación de la solicitante estableciendo las siguientes conclusiones:

- 1) El artículo 9 de la LTRHA se enmarca en la regulación que la ley realiza de la trascendencia del uso de las técnicas de reproducción asistida en el marco de la filiación. Las limitaciones que establece se han de entender referidas al ámbito legal de la filiación más que con el proceso mismo de reproducción asistida.
- 2) El artículo 9.1 LTRHA no prohíbe el uso por la viuda del material reproductor del esposo tras el fallecimiento de este sino que se limita a negar la filiación paterna del hijo que así nazca pero no cuestiona la legalidad de tal uso de técnicas de reproducción asistida.
- 3) La autorización del artículo 9.2 LTRHA por el marido, lo es a efectos de determinar la filiación paterna. En ningún momento (ni se infiere del preámbulo) prohíbe claramente dicha ley el uso del material pasado un año desde el fallecimiento. De haber querido,

la ley habría prohibido claramente el uso del material o el inicio de un proceso o ciclo pasado determinado momento y no lo hace, a diferencia, por ejemplo del artículo 18 que sí prohíbe la gestación por sustitución.

- 4) Se reconoce la aplicación al caso del artículo 235-8 CCCat y se concluye por el Tribunal que dicho precepto se halla ubicado en sede de filiación y que no prohíbe la fecundación post mortem de la viuda sino que lo único que se regula es la filiación o no del hijo nacedero respecto del difunto padre.
- 5) Entre las infracciones sancionables previstas en la LTRHA no se encuentra el iniciar o continuar el proceso de fecundación pasado el plazo de un año desde el fallecimiento.
- 6) Del tenor del artículo 9.2 LTRHA se infiere respecto a la autorización para fecundación post mortem suscrita por el esposo, que lo es para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal concepto no alude a que el material pueda ser utilizado sólo dentro del plazo de 12 meses o con el límite de los 12 meses. Solo exige, para la determinación de la filiación, que el material pueda ser utilizado en los 12 meses.

Concluye el Tribunal que el precepto no exige que se consiga en 12 meses la fecundación, pues de ser tal el propósito legislativo se diría claramente que ha de producirse la fecundación dentro de los 12 meses o detener todo proceso a los 12 meses, cualquiera que sea el resultado. Por tanto lo único que cabe entender es que se debe producir la utilización del material con mejor o peor suerte obviamente, en ese lapso de 12 meses, pero no prejuzga verificado lo anterior y con la finalidad de fecundación indicada, que no se consiga la fecundación, y existiendo material del difunto esposo que no haya revocado en vida su consentimiento, se pueda

continuar el proceso ya iniciado en los 12 meses posteriores al fallecimiento.

- 7) Procede también la interpretación de ambos preceptos (LTRAH y CCCat) conforme a la realidad social (ex. Art. 3.2 CC) y sobre todo conforme al contexto de lo que es un proceso de fertilización que no consiste en un acto médico puntual sino en un conjunto de actos encadenados, como es propio de un tratamiento, que se desarrollan a lo largo del tiempo en una serie de pasos pautados debiendo comprenderse globalmente.

Además del análisis interpretativo expuesto respecto de la LTRAH y el CCCat, en el caso analizado se daba la circunstancia de que la viuda era la heredera universal de su esposo, de manera que ni el Código Civil de Catalunya ni LTRAH, regulan expresamente quien tiene la potestad de decidir sobre el destino del material criopreservado en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja usuaria.

Por lo tanto, se planteó la procedencia de la aplicación del 461-1 y concordantes del CCCat de tal manera que la heredera decidirá sobre los derechos del causante haciéndolos suyos, al igual que hace suyas las cargas y deudas de la herencia.

En relación al material reproductor del esposo, se consideró que no se trata de una res "in commercium", pese a lo cual sí es cierto que el derecho de decisión sobre su destino ha de corresponder a su viuda-heredera.

Ante esta situación, también se consideró por el Tribunal que si finalmente no se permitía a la peticionaria continuar con el uso del material genético de su esposo, el destino del mismo debería ser el previsto en el artículo 11.4. b), c) y d) de la Ley 14/2006: la donación con fines reproductivos, donación con fines de investigación, cese de conservación sin otra utilización. Con lo cual, se produciría la incongruencia reconocida por el Tribunal conforme la cual, la peticionaria no podría utilizar el material para sí, y sí lo podría donar para terceros, viendo así frustrado su proyecto de familia acordado con su

esposo, pudiéndose dar la paradoja que decidiera igualmente ser madre soltera acudiendo al banco de esperma y resultar fecundada por el material de su esposo sin saberlo.

Se reconoció por el Tribunal la existencia, así, de un trato desigual y discriminatorio para la solicitante, concluyendo que esta situación *“que no se compadece con el art. 14 de la Constitución Española haciéndola de peor condición al no poder disponer de lo que es suyo”* (su propio óvulo fecundado con semen de su difunto esposo) y viéndose abocado a que sea utilizado por otra receptora.

4. CONCLUSIONES

Del Auto analizado se abre una puerta para intentar consolidar en el futuro una interpretación respecto de la fecundación post mortem que supere el límite del año que se ha instalado en el imaginario jurídico como plazo de caducidad y de imposibilidad de continuación del proceso de fecundación más allá del mismo.

Valga decir que la autora de la presente comunicación y el Auto analizado no niegan el plazo anual a los efectos de vincular la filiación paternal del nasciturus pero sí se defiende que este plazo no es condicionante para el proceso de fecundación post mortem en sí: solo lo es para la determinación de la filiación.

5. JURISPRUDENCIA CITADA

- Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Barcelona de 13 de febrero de 2017, autos de Jurisdicción Voluntaria 678/2016, Magistrado: Sr. D. Jesús Arangüena Sande.
- Auto de la Ilma Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 22 de noviembre de 2017, recurso 350/2017, Ponente: Ilma. Sra. Inmaculada Zapata Camacho, declarando desierto el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

- Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 12 de julio de 2011, recurso 164/2011, Ponente: Ilma. Sra. Mª José Pérez Tormo.

SONIA ÁLVAREZ GÓMEZ

Abogada

LEXBCN ABOGADOS