

NUEVOS LÍMITES DEL DERECHO A PROCREAR

ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad del País Vasco

I. ASPECTOS PREVIOS: LA PRÁCTICA DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* Y DE LA CRIOCONSERVACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES. II. DERECHO A PROCREAR: ESTADO DE LA CUESTIÓN. 1. *Derecho a fundar una familia y derecho a la intimidad*. 2. *Derecho a la salud reproductiva*. 3. *Derecho a la autodeterminación reproductiva*. 4. *El conflicto entre derechos reproductivos*. III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, CASO EVANS CONTRA REINO UNIDO. 1. *Hechos*. 2. *Los pronunciamientos anteriores*. 3. *Alegaciones*. 4. *Razonamiento del Tribunal*. IV. LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE CRIOCONSERVACIÓN Y DISPOSICIÓN DE EMBRIONES CONGELADOS. 1. *Regulación sobre conservación de embriones*. 2. *Revocabilidad del consentimiento dado*. 3. *El caso español*. 4. *Sistema de protección del embrión*. 5. *Hungría: reconocimiento a las cargas asumidas por la mujer*. V. JURISPRUDENCIA AMERICANA E ISRAELÍ SOBRE “CUSTODIA DE EMBRIONES”. 1. *Modelo contractual: carácter vinculante del consentimiento informado*. 2. *Derecho a no ser forzado a procrear*. 3. *Mejor derecho del que carece de “otras alternativas razonables para procrear”*. 4. *Mejor derecho de la mujer a procrear (doctrinas de la “sweat equity” y de la analogía con la interrupción voluntaria del embarazo)*. VI. EL DERECHO ABSOLUTO A NO SER FORZADO A PROCREAR COMO REGLA EMERGENTE Y SU CRÍTICA. VII. ¿PROCEDERÍA EN EL PRESENTE CASO EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS? VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La compartimentalización de la procreación humana a través de las técnicas de reproducción asistida, que permiten almacenar extracorpóreamente gametos y embriones, ha marcado una tendencia hacia la contractualización de los derechos reproductivos. Las parejas que se someten a una fecundación *in vitro* se ven obligadas a decidir de antemano el destino de los embriones sobrantes (no implantados) y empieza a ser frecuente que en casos de separación o divorcio uno de ellos (generalmente el varón) revoque el consentimiento prestado para la implantación de los embriones depositados frente a la reclamación de la mujer para gestarlos. En un caso de este tipo, una recién

te sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Evans contra Reino Unido, de 7 de marzo de 2006) ha reconocido el derecho preferente a no ser forzado a procrear sobre el derecho a procrear haciendo uso de gametos propios. En el presente artículo se analiza el impacto de los conflictos sobre disposición de los embriones criopreservados en el llamado "derecho a la libertad reproductiva". Con dicho fin se analiza el estado de la cuestión de los derechos reproductivos en el ordenamiento internacional, para pasar después a estudiar tanto las leyes europeas sobre reproducción asistida como la jurisprudencia americana concerniente a los conflictos sobre "custodia de embriones". Finalmente, se aborda la cuestión de la resarcibilidad, en estos casos, de los daños producidos a la parte que pierde la oportunidad de procrear.

PALABRAS CLAVE: derechos reproductivos, responsabilidad extracontractual, reproducción asistida, fecundación in vitro, embrión humano.

ABSTRACT

Compartmentalization of human reproductive materials through assisted reproductive technologies which allow to stock gametes and embryos out of the body for a long time, leads to contractualization of reproductive relationships and rights. Couples undergoing *in vitro* fertilization are bound to decide on the fate of their spare embryos. If the couple splits or divorces it's often the case that the ex-husband revokes his previous consent for storage and for future implantation of the embryos in the wife. The European Court of Human Rights recognized in a recent decision (*case Evans v. United Kingdom*, 7 March 2006) the prevailing interest of the man not to be forced to procreate. This article first analyzes the state of the art in reproductive rights within international law, as well as in European statutes on reproductive technologies. An in depth review of case-law on "embryo custody" is also undertaken. Finally, the case for compensation of damages to the infertile woman is made.

KEY WORDS: Reproductive rights, Extra-contractual liability, Assisted reproduction, In Vitro fertilisation, Human embryo.

I. ASPECTOS PREVIOS: LA PRÁCTICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y DE LA CRIOCONSERVACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES (1)

La fecundación *in vitro* es una técnica inventada en 1978, frecuentemente utilizada en los centros de fertilidad para tratar esterilidades de factor tanto masculino como femenino, y que consiste en la extracción

(1) La preparación de este artículo ha sido posible gracias a la financiación proporcionada por la Subvención General al Grupo de investigación de la UPV/EHU (línea de Biomedicina y Derecho) dirigido por la Dra. Clara Asúa (GIU05/07), para realizar una estancia como profesora invitada en el Centro de Bioética de la Universidad de Pennsylvania, Estados Unidos.

de óvulos a la mujer (que previamente debe someterse a tratamientos hormonales de estimulación ovárica con el fin de aumentar el número de ovocitos producidos en cada ciclo), su fertilización *in vitro* (o mediante inyección directa del gameto masculino en el óvulo) con semen de la pareja o de un donante, y su posterior transferencia al útero de la usuaria, o la congelación de los embriones sobrantes, en su caso.

A diferencia del espermatozoides que puede congelarse con buenos resultados, la conservación de óvulos es más problemática. La tecnología de crioconservación de gametos femeninos se halla aún en estadio experimental y no ofrece garantías suficientes para aplicarla rutinariamente. Es probable que en un futuro cercano la congelación de óvulos se convierta en una realidad que hará innecesaria la creación de embriones para evitar la pérdida irremisible de la capacidad generadora de la mujer; mientras tanto, como ocurrió a la demandante en el caso Evans, las mujeres que se sometan a una histerectomía o a cualquier otro tratamiento que genere infertilidad y que quieran conservar la posibilidad de tener hijos propios, estarán obligadas a recurrir al expediente de la creación de embriones junto con un varón; ya se trate del compañero, de un donante o, incluso, de un amigo dispuesto a prestarles dicho servicio.

II. DERECHO A PROCREAR: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El derecho a procrear, formulado como tal derecho, es de reciente acuñación. Los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han prescindido hasta hace poco de reconocer de forma expresa y unitaria el derecho a la reproducción, y en su lugar se han ocupado solamente de las consecuencias de la procreación en orden a la filiación y a la familia (2).

1. *Derecho a fundar una familia y derecho a la intimidad*

El ordenamiento jurídico internacional, *v. gr.* la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 o el Pacto Internacional de Dere-

(2) No obstante, algunas Constituciones recientes como la portuguesa o la surafricana, reconocen de forma expresa el derecho a procrear. La vigente Carta Fundamental surafricana de 1997 establece en su artículo 12 (2):

“Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right to make decisions concerning reproduction; to security in and control over the body.”

chos Civiles y Políticos de 1966, reconoce de forma solemne el derecho de todo ser humano a fundar una familia, y, por tanto, de forma implícita, el derecho a tener descendencia propia (así como también de adoptar). La tutela de la libertad procreativa, en su dimensión biológica, se entendía reconocida en los artículos relativos a la protección de la intimidad personal y familiar de los propios Convenios. Teniendo en cuenta la distinción habitual en materia de derechos humanos entre derechos positivos y negativos, la libertad de procrear se configuraba como un derecho de carácter defensivo –derecho negativo– más que como un derecho positivo frente al Estado. El hombre o la mujer deben ser protegidos frente a las injerencias de las autoridades públicas que interfirieran sin su consentimiento en el proceso de reproducción (3).

Según dicta una doctrina consolidada, para ser legítima, cualquier interferencia en la esfera privada de las persona, en realidad, cualquier restricción de los derechos fundamentales, debe reunir una serie de condiciones específicas: debe estar dirigida a la consecución de un fin legítimo (como por ejemplo la protección de otro derecho fundamental), debe constituir una medida necesaria en una sociedad democrática (es decir que debe responder a una necesidad social justificada), las medidas restrictivas deben ser proporcionales a los fines perseguidos, y la injerencia de la que se trate debe estar prevista en una norma con rango de ley.

En suma, hasta hace poco el derecho a procrear se entendía comprendido en la protección de la familia como lugar privilegiado en cuyo seno el individuo afirmaba y desarrollaba su personalidad. Se configuraba además como un derecho negativo: el Estado no debía inmiscuirse en la libertad de procrear de las personas. Más recientemente, la necesidad de tutelar a la persona por sí y en sí, prescindiendo de su inserción familiar o social ha llevado a la necesidad de reconocer explícitamente el derecho a la reproducción. Hoy más que en el pasado, la

(3) La Magistrada británica Lady Justice Hale, reflexionando sobre los derechos reproductivos, ha escrito que la ley debe respetar decisiones de los padres tan estrechamente vinculadas con libertades básicas y derechos a la autonomía personal como los reconocidos en los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma. Estos derechos son piezas esenciales de una sociedad libre. "...The rights set out in the Articles 8 to 12 of the European Convention on Human Rights form a coherent and related group, the right to respect for private and family life, home and correspondence; the right to freedom of expression; the right to freedom of peaceful assembly and free association; and the right to marry and found a family. These are the very essentials of a free-thinking and free-speaking society". HALE, LJ. *From the Test Tube to the Coffin: Choice and Regulation in Private Life*, Stevens/Sweet and Maxwell, London, 1996, p. 5.

centralidad de la tutela del individuo y de sus derechos empieza a configurar nuevos derechos en las codificaciones nacionales e internacionales (4). En concreto, el derecho a procrear emerge con fuerza como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital. El reconocimiento de un derecho subjetivo de procrear parece últimamente confirmado por las recientes decisiones de comités de ética, organismos internacionales y legislaciones sectoriales de numerosos países europeos en torno a las implicaciones morales y jurídicas de los descubrimientos científicos sobre la vida humana, cuestiones que modernamente se conocen como decisiones relativas a la propia vida, de las cuales no puede excluirse la vertiente reproductiva (5). Según BALDINI (1999), estas codificaciones recientes de derechos bioéticos tienden a considerar la procreación como un asunto individual y de pareja, en el cual no es lícito inmiscuirse si no es en el plano de las consecuencias, relacionadas, sobre todo, con la seguridad de los tratamientos médicos o con la protección del nacido.

2. Derecho a la salud reproductiva

Otra vía de emergencia del derecho a procrear, quizá aún más significativa que la anterior en términos de impacto en el ordenamiento jurídico internacional, han sido las Conferencias Mundiales de la ONU sobre población y sobre género. A partir de la adopción del Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población del Cairo celebrada en 1994 y de la constitución de la Plataforma de Acción sobre Derechos de la Mujer celebrada en Beijing en 1995, los juristas especializados en derechos humanos, como por ejemplo ERIKSSON (2000), se refieren a un nuevo derecho conocido en la esfera internacional como *derecho a la salud reproductiva*.

El origen del concepto de salud reproductiva está en las reivindicaciones surgidas a lo largo de la década de los setenta como reacción de

(4) Valga como botón de muestra el Convenio de Asturias de Bioética de 1997 en cuyo artículo 2º se declara que: "Primacía del ser humano. El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia".

(5) Véanse, por ejemplo, las Plataformas de Acción de la ONU del Cairo (UN. Doc. A/CONF. 171/13, 18 de octubre 1994) y de Beijing (UN GA Res. 50/124 de 20 diciembre de 1995 y UN GA Res. 50/203 de 23 febrero de 1996); y las recomendaciones del Consejo de Europa relacionadas con los derechos reproductivos y con las técnicas de reproducción asistida (ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1243 (1994), Recomendación 1564 (2002), entre otras.

la comunidad internacional ante las políticas demográficas de algunos Estados superpoblados que restringieron el número de hijos por pareja. Las Conferencias de la ONU sobre Población de aquella época acuñaron un nuevo principio conocido como “libertad reproductiva” que comprendía el derecho humano básico a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. El principio aludido se inspira en la idea de que los derechos individuales de las personas priman sobre las políticas demográficas de los Estados y también sobre los valores societarios o familiares. La consagración de los derechos demográficos supuso la superación de las restricciones impuestas por los poderes públicos y el reconocimiento de que las parejas podían tener el número de hijos que desearan. Con todo, las Conferencias de Población celebradas en los años setenta y ochenta, las que consagraron los derechos demográficos a los que estamos aludiendo, cargaron el acento en el papel primordial de la mujer en la reducción del crecimiento de la población. Se decía que el número de hijos de la pareja dependía de su estatus social y de su nivel de formación. De ahí que los documentos finales, inspirados en las teorías neomalthusianas, según las cuales los varones desean más hijos que las mujeres, recomendaban que se incidiera en la educación de las mujeres y en el reconocimiento de sus derechos frente al hombre (6).

Las Conferencias posteriores criticaron la identificación entre las políticas de igualdad y las demográficas por entender que se estaba poniendo el derecho a la planificación familiar al servicio del control del crecimiento de la población. La crítica a la instrumentalización del reconocimiento de la libertad reproductiva de las mujeres y del derecho a la planificación familiar provocó un cambio sustancial en la estrategia de la defensa de aquellos derechos; estrategia que se trasladará de la órbita de las preocupaciones demográficas a la necesidad de protección y garantía de los derechos humanos individuales. A partir de la Conferencia Mundial sobre Población de 1994, y, sobre todo, desde la Conferencia Mundial sobre la Mujer que se celebró un año más tarde en Beijing (7) el derecho a la planificación familiar pa-

(6) Conferencia Mundial de Población celebrada en Teherán, del 22 de abril al 13 de mayo de 1968, UN Doc. A/CONF. 324/41, y Conferencia Mundial sobre Población de Bucarest celebrada en 1974 (IPCDm –Final Document, §§ 7.2 y 7.3).

(7) Conferencia Internacional de Población y Desarrollo organizada por la ONU en el Cairo en 1994 (UN Doc. A/CONF. 171/13, 18 de octubre de 1994); Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres: Acciones para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz organizada por la ONU en Beijing en 1995 y su Plataforma de Acción. Los documentos finales de las citadas Conferencias fueron adoptados como Resoluciones de la Asamblea General de

sará a considerarse un elemento más en el contexto de la defensa de la salud reproductiva. El Programa de Acción de la Conferencia de El Cairo (UN, Doc. A/CONF. 171/13, § 1.15.) define el concepto de salud reproductiva como:

“Un estado de completo bienestar físico, mental y social, que no consiste sólo en la ausencia de enfermedades relacionadas con el sistema reproductivo, con sus funciones y procesos, sino que incluye también: la prevención y el tratamiento de la infertilidad; la libertad para decidir si se desea o no tener hijos, cuándo y con qué frecuencia; la prevención del embarazo indeseado y extemporáneo; y la protección frente a toda forma de violencia sexual contra las mujeres”.

Un año más tarde, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y su Plataforma de Acción, volvieron a situar los derechos a la planificación familiar y a la regulación de la fertilidad en el contexto de la salud procreativa. Según la Declaración de Beijing (UN, Doc. A/CONF. 177/20, § 94):

“La salud reproductiva implica que los individuos sean capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura, y que puedan reproducirse de la forma que decidan, cómo y cuándo quieran. Implícitamente se entiende que las mujeres y los hombres tienen derecho a ser informados y a tener acceso a métodos seguros, efectivos y costeables de planificación familiar, así como a los métodos de regulación de la fertilidad que prefieran, siempre que no sean ilegales, así como el derecho a obtener servicios de salud adecuados que permitan a las mujeres llevar a cabo el embarazo y el parto de forma segura, en las condiciones más adecuadas para tener un hijo sano”

Esta amplísima definición de salud sexual fue contestada por algunos Estados que la consideraron parte de una estrategia para afirmar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, a la con-

Naciones Unidas (UN, GA Res. 4/128 de 19 de diciembre de 1994; UN, GA Res. 50/124 de 20 de diciembre de 1995 y UN, GA. Res. 50/203 de 23 de febrero de 1996.

Véase también la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1243 (194) sobre el cambio demográfico y el desarrollo, de 28 de junio de 1994, principio 3º.

trapección y a la esterilización (8). Por otra parte, la crítica de la definición de *reproductive health* adoptada en las citadas Conferencias y corroborada en las sesiones de seguimiento posteriores de 1999 (9) y 2000 (10) ha destacado que el derecho en cuestión comprende muchos aspectos que complican excesivamente el concepto y debilitan su contenido.

En cualquier caso, y antes de entrar a analizar el contenido del citado “macro derecho” conviene clarificar el estatus jurídico de los documentos que lo reconocen. Tal como ha señalado WEIL (1996) las Conferencias Mundiales citadas, al igual que otras similares, no generan “normas de derecho internacional”, y tampoco es este su cometido. Las Plataformas y los Programas de Acción así como otros documentos de consenso adoptados con ocasión de las Conferencias Mundiales organizadas por la ONU desarrollan directrices comunes para la mejor interpretación y aplicación de derechos humanos previamente reconocidos en instrumentos vinculantes, y que por determinados motivos requieren políticas de prevención y garantía. El valor normativo de los derechos abordados es pues exógeno en el sentido de que descansa en el reconocimiento previo de los mismos por parte de convenios vinculantes. Con todo, las Conferencias Mundiales constituyen piezas relevantes del entramado institucional en la medida en que reflejan el consenso internacional sobre la interpretación convencional de derechos humanos reconocidos e identifican las políticas más adecuadas para garantizarlos y promoverlos; consenso y política que por lo demás tendrán presentes las instancias internacionales de seguimiento e inspección del cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos por parte de los estados signatarios.

(8) Una de las debilidades más importantes de la Conferencia de Beijing consiste en que más de 40 estados signatarios formularon reservas al document final. Estas reservas se refieren precisamente a la definición de los derechos reproductivos y a cuestiones relativas a la familia. Los Estados más destacados en la oposición a una concepción amplia del derecho a la salud reproductiva fueron Argentina (UN. Doc. A/CONF. 177720, p. 157), la Republica Dominicana (*ibid.*, p. 159), Perú (*Ibid.*, p. 171), Venezuela (*ibid.*, p. 167), la Santa Sede (*Ibid.* p. 163) y Kuwait (*ibid.*, p. 167).

(9) Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the Twenty-first Special Session of the General Assembly-Overall review and appraisal of the implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development, UN Doc. A/S-21/5/Add.1 (1999), más conocido como Cairo +5.

(10) Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the Twenty-third Special Session of the General Assembly-Further Actions and Initiatives to Implement the Beijing Declaration and the Platform for Action, UN Doc. A/S-23/10/Rev.1 (2000), más conocido como Beijing+5

Volviendo a la definición de los derechos reproductivos, opina SCHEININ (1998) que el derecho a la salud reproductiva reconocido por las citadas Conferencias no es otra cosa que un concepto elaborado a partir de derechos preexistentes y relacionados entre sí, cuyo contenido y alcance dependerá del contenido de cada derecho y de su relación con el haz de facultades que conforman el conjunto. En este sentido, el párrafo 94 de la propia Plataforma de Acción de la Conferencia de Beijing declara lo siguiente:

“Los derechos reproductivos comprenden determinados derechos humanos ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, en tratados internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de consenso. Estos derechos descansan en el reconocimiento del derecho fundamental de cualquier pareja e individuo a decidir libre y responsablemente la cantidad y el espaciamiento de los hijos así como el derecho a recibir información y medios para lograrlo, y a obtener el máximo nivel de salud sexual y procreativa. También comprende el derecho a tomar decisiones sobre la propia reproducción sin ser objeto de discriminación, coerción o violencia, tal como se reconoce en los documentos relativos a los derechos humanos.”

Sin embargo, la declaración inicial de dicho párrafo deja mucho que desear, en la medida en que no identifica los derechos humanos preexistentes sobre los que se construye el derecho a la salud procreativa. Partiendo de la definición transcrita, podría entenderse, siguiendo a PACKER (1998), que los derechos implicados son el derecho a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, a fundar una familia, a la salud y a la igualdad. El alcance y la fuerza vinculante del derecho a la salud reproductiva dependerían entonces de la interpretación del conjunto de dichos derechos consensuada en la Plataforma de Acción de la Conferencia citada.

Con todo, tampoco de esta manera se despejan las dudas sobre el alcance real del derecho a la salud reproductiva. Por ejemplo, basándose en el derecho a la salud, implícito en la declaración que nos ocupa, PETCHESKY y WEINER (1990) han pretendido extraer un derecho fundamental al tratamiento de las causas de la infertilidad; derecho que, según RAYMOND (1993) alcanzaría también al derecho de beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida. Otros autores, como COOK y DICKENS (2003) entienden, por el contrario, que el derecho a recibir tratamientos médicos contra la infertilidad no deriva

del derecho a la salud, escasamente regulado por el ordenamiento internacional, sino del derecho a fundar una familia. En nuestra opinión, la reivindicación del derecho al tratamiento de la infertilidad en base al derecho a la salud o al derecho a crear una familia resulta insostenible por varias razones. En primer lugar, el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y reiterado en la sección 23.2 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa (1991) en el sentido de que sólo hace referencia a la prohibición de obstaculizar la posibilidad de procrear, pero no alcanza a crear una obligación al Estado para proporcionar los medios de curar la infertilidad o de suplir sus consecuencias mediante métodos de asistencia a la procreación. Tampoco el derecho a la salud alcanzaría en este caso a obligar a los Estados firmantes de la Plataforma de Acción a hacerse cargo de los gastos de los tratamientos de infertilidad y de reproducción asistida, si atendemos a los *travaux préparatoires* de la Conferencia en los cuales varios Estados manifiestan que en ningún caso dicho derecho comprenderá el acceso a los costosos medios de la moderna medicina procreativa. Falta en mi opinión (ALKORTA, 2003) en el ordenamiento internacional un reconocimiento expreso que asuma la reproducción asistida como vertiente positiva del derecho a procrear.

3. Derecho a la autodeterminación reproductiva

El derecho a la salud reproductiva se configura, por tanto, como un concepto reciente de perfiles indefinidos, sobre el cual falta consenso internacional y al que se oponen los Estados conservadores. Una fuente de derecho internacional más segura y consolidada que las Conferencias referidas es la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (más conocida por su acrónimo inglés, CEDAW) de 1979. La Convención sobre la Mujer, a diferencia de las citadas Conferencias Mundiales, es un tratado internacional vinculante firmado y ratificado por los Estados que se comprometen a cumplir y a hacer cumplir su contenido (11). La indefinición inherente al macro concepto de salud repro-

(11) El Convenio crea un Comité *ad hoc* con el objeto de monitorizar el cumplimiento del mismo por los Estados Parte. La Recomendación sobre Mujeres y Salud de 24 de 1994 elaborada por dicho Comité obliga a los Estados signatarios a incluir en el in-

ductiva al que nos hemos referido se reduce considerablemente si atendemos a lo dispuesto *expressis verbis* en el artículo 16.1(e) de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres:

“Los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

Un análisis cuidadoso del artículo transcrito permite afirmar que los redactores quisieron incluir en el mismo todos los elementos necesarios para asegurar una definición comprensiva y precisa del derecho en cuestión. El precepto contiene una cláusula principal cual es el derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de la prole. A continuación se articulan otros dos elementos que no son sino instrumentos para facilitar la realización de aquel derecho principal, a saber, el derecho a obtener información e instrucción sobre los medios de planificación familiar apropiados y el derecho a acceder efectivamente a dichos medios (12). Los derechos instrumentales forman, pues, un todo con el derecho principal al que sirven y deben por ello poder ser disfrutados simultáneamente.

El derecho a decidir sobre la propia reproducción, tal como lo define la CEDAW es un concepto más restringido que el de salud reproductiva, pero que a diferencia de este constituye un derecho humano vinculante y de perfiles bien definidos, y que, por las razones aducidas, se erige en el derecho más relevante de entre todos los comprendidos

forme periódico sobre el cumplimiento del tratado un apartado específico sobre el acceso efectivo de las mujeres a medios seguros tanto de contracepción como de atención al embarazo, parto y puerperio.

(12) El artículo 12.1 del mismo Convenio establece que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.”

en el conglomerado “salud reproductiva” pergeñado, como se ha visto, sobre la propia reproducción años más tarde por las Plataformas de Acción de El Cairo y de Beijing.

El Convenio sobre la mujer define el derecho a decidir sobre la propia reproducción, teniendo presente el contexto social y cultural discriminatorio desde el cual en muchos países del mundo se siguen tomando dichas decisiones, y reconoce que para tomar decisiones reproductivas en libertad deben darse previamente condiciones para la igualdad social de hombres y mujeres. Téngase en cuenta que todavía en muchas culturas, tal como demuestra MEDINA (1994) las decisiones procreativas no se toman en pie de igualdad, sino que es el varón de la pareja el que impone su criterio, controlando el acceso propio y el de la mujer a los medios anticonceptivos. En este sentido se pronuncia la Recomendación General 21 de la Comisión sobre eliminación de las formas de discriminación contra las mujeres (parágrafo 22):

“... La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.”

En suma, y como conclusión de este rápido repaso del estado de la cuestión de los derechos relacionados con la reproducción humana, podemos concluir que el derecho a tomar decisiones sobre la propia procreación de forma libre y consensuada entre ambos miembros de la pareja, sin injerencias externas y contando con la información y los medios adecuados para su realización está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo de individuo libre y capaz de dirigir su propia vida (13).

(13) Las construcciones doctrinales modernas más influyentes sobre el derecho a procrear, que por falta de espacio renunciamos a resumir en el presente trabajo, son las elaboradas, en los Estados Unidos, a favor de la *reproductive autonomy*, por R. DWOR-KIN, *Life's Dominion*, Harper Collins, London, 1993, del mismo autor, *Freedoms Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1996; *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Oxford, 1985; siguiendo sus planteamientos, aunque llevados a extremos más radicales, J. HARRIS en J. HARRIS y S. HOLMS (eds.), *The Future of Human Reproduction*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 5-37; como adalid de la *reproductive liberty* J. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New Jersey University Press, 1994; en Gran Bretaña, K. MASON, *Medico-Legal Aspects of Parenthood and Reproduction*, Ashgate, Aldershot, 1998; entre nosotros, cabe destacar la temprana reflexión de Y. GOMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994 y la de ROMEO CASABONA, C.M. *El Derecho y la*

4. El conflicto entre derechos reproductivos

El referido Convenio de la ONU sobre la mujer reconoce que, idealmente, las decisiones reproductivas corresponden tanto a la mujer como al varón que forman una pareja y que deben decidir conjuntamente en pie de igualdad. Sin embargo, es evidente que este tipo de decisiones no siempre resulta fácil y que en ocasiones se presta al conflicto entre ambos miembros de la pareja. El reconocer un derecho equivalente a ambos sobre una decisión íntima y que requiere la participación de los dos como es el hecho de tener o no tener descendencia hace que la resolución de las discrepancias sobre esta cuestión pueda resultar una labor enormemente difícil además de delicada.

La forma en la que las parejas toman decisiones sobre su propia procreación pertenece sin duda a la esfera de su intimidad y de la autonomía privada. En este sentido, las decisiones sobre cómo y cuándo procrear tomadas entre dos individuos libres, capaces y en condiciones de igualdad material debe ser respetada; el Estado no está legitimado para intervenir en ellas. Ahora bien, desde el momento en que la decisión de uno de los miembros de la pareja implique algún grado de coerción con respecto al otro que suponga comprometer su libertad procreativa o viole algún otro derecho fundamental, la intervención de los poderes públicos puede estar justificada (14). Resulta en nuestra opinión justificado conferir cierto grado de eficacia horizontal entre particulares al derecho fundamental a decidir sobre la propia reproducción tal como ha sido reconocido por la CEDAW (1979). Consecuentemente, además de la obligación impuesta a los Estados signatarios por el artículo 2º del Convenio citado en orden a proveer las medidas necesarias, legislativas y de otro tipo, para asegurar el disfrute del derecho individual a la autodeterminación procreativa, entendemos que cual-

Bioética ante los límites de la vida humana, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 994, pp. 193 y ss. Sobre la evolución del reconocimiento a la procreación de las parejas homosexuales véase, ERIKSSON, E.M. *Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights and Humanitarian Laws*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 219 y ss.

(14) Sobre la *Drittwirkung* de los derechos humanos reconocidos por Tratados Internacionales véase, entre otros, NOWAK, M. *U.N. Covenant and Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Publisher, Kehl, 1993, pp. 14 y ss.; VAN DIJK, P. y VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law Publishers, Deventer, 1990, pp. 15 y ss.; CLAPHAM, A. *Human Rights and Private Spheres*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 89 y ss.

quier interferencia en dicha facultad por parte de otro particular legítimaría a aquél para recurrir directamente ante los Tribunales en amparo de su derecho. En otras palabras, el derecho a decidir libremente sobre la propia procreación no sólo generaría una obligación positiva de los poderes públicos para facilitar información y métodos adecuados de planificación familiar, sino que los efectos horizontales de dicho derecho frente a terceros también implican que los particulares estén obligados a respetarlos. La falta de una ley interna que desarrolle adecuadamente el derecho fundamental a la libertad reproductiva no impediría al sujeto afectado recurrir directamente ante los Tribunales para defender su derecho.

Entendemos que los términos en los que el derecho a la libertad reproductiva ha sido reconocido por el derecho internacional vigente, ofrecen una protección amplia a los individuos en el ejercicio del control de su propia capacidad reproductiva. No cabría, por ejemplo, que el varón prohibiera a su esposa el empleo de métodos legales de contracepción; o que el marido impidiera a una mujer joven que no haya tenido descendencia someterse a una operación de esterilización irreversible, siempre y cuando se trate de una decisión libre e informada de aquella; de la misma forma en que tampoco, a nuestro entender, puede la viuda del varón fallecido o la esposa del incapacitado hacer uso de los gametos crioconservados de aquél sin su consentimiento previo.

Con todo, cuando las diferencias entre ambos miembros de la pareja lleven a alguno de ellos a recabar la ayuda del Estado, la resolución del conflicto requerirá casi siempre ponderar los derechos que asisten a cada una de las partes en el caso concreto; y en ocasiones para resolver el litigio será inevitable tener en cuenta las cargas y sacrificios impuestas a cada parte por la decisión recurrida. En especial las técnicas de reproducción asistida, que no sólo desligan la procreación de la sexualidad sino que además permiten conservar los gametos masculinos así como los embriones humanos fuera del cuerpo han propiciado, y probablemente lo harán aún más intensamente en el futuro, el surgimiento de numerosos contenciosos de este tipo, en los que ya no se trata de proteger la integridad física de la mujer frente a un embarazo indeseado, o de garantizar la libertad de decisión de esta frente al hombre en condiciones de igualdad, sino en confrontaciones mucho más lábiles como la que se planteó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión del caso Evans.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, CASO EVANS CONTRA REINO UNIDO

1. Hechos

En el citado caso, resuelto por la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (15), la demandante, Sra. Evans, ciudadana británica de 35 años, pretende invalidar la revocación del consentimiento dado por su anterior marido a la crioconservación y posterior implantación de los embriones.

Los hechos referidos por la sentencia son los siguientes: Natalie Evans, demandante, había seguido varios programas de fecundación *in vitro* en Gran Bretaña para superar un problema de infertilidad propio. Con su primer marido se sometió a varios tratamientos a los que puso fin por la ruptura del matrimonio. Tras sus segundas nupcias, la sra. Evans volvió a solicitar ayuda para procrear en el mismo hospital que la había tratado anteriormente. Con motivo del tratamiento de fertilidad se le detectaron tumores precancerígenos en ambos ovarios. Al ver que los tumores crecían despacio la clínica sugirió que antes de proceder a la extirpación, había tiempo para extraer algunos óvulos y fecundarlos con semen del marido a fin de crioconservarlos y utilizarlos una vez de que la paciente se hubiera recuperado de la intervención. Durante la consulta la enfermera explicó a la pareja que ambos debían firmar un documento conjunto consintiendo la conservación de los embriones y que, de acuerdo con lo prescrito en la Ley británica de Fertilización y Embriología Humana de 1990, cualquiera de ellos podía revocar el consentimiento prestado en cualquier momento anterior a la transferencia de los embriones.

En este punto de la entrevista la sra. Evans preguntó si era posible congelar los óvulos sin fertilizar, con el fin de asegurar su disponibilidad futura. La enfermera contestó que dicho procedimiento no se practicaba en la clínica y que, de todas formas, contaba con pocas probabilidades de éxito. El marido de la demandante, sr. Jhonston, intervino entonces tranquilizando a su esposa y asegurándole que no era neces-

(15) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Evans contra Reino Unido*, de 7 de marzo de 2006 (Aplicación núm. 6339/05). La demandante ha elevado a la Gran Sala la sentencia pronunciada por la Sección Cuarta del Tribunal, por lo que, en el momento en el que redactamos este comentario, el fallo que nos disponemos a analizar carece aún de firmeza. Véase un comentario nuestro de esta sentencia en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2 (2006) en prensa.

rio plantearse la congelación de óvulos porque él no iba a cambiar de opinión y estaba seguro de que quería ser el padre de sus hijos también en el futuro.

Acto seguido la pareja firmó los formularios de consentimiento informado en los que expresamente se recogía la advertencia de que según el anexo 3, art. 8. de la citada Ley de 1990, el consintiente puede variar los términos de su consentimiento en cualquier momento anterior al empleo de los embriones y de que el embrión no puede conservarse a no ser que concurren las voluntades de los dos genitores (16).

En noviembre de 2000 se procedió a la extracción de los óvulos, de los cuales seis fueron fertilizados y conservados. Unos días después la sra. Evans se sometió a la operación de extirpación de ambos ovarios, tras la cual se le recomendó esperar dos años hasta intentar el embarazo con los embriones congelados. En mayo de 2002 el matrimonio se disolvió y el sr. Jhonston escribió a la clínica notificando el procedimiento de divorcio y solicitando que los embriones fueran destruidos. La clínica dio traslado de la petición a la sra. Evans informándole de que era su obligación, siguiendo la Ley de 1990, proceder a la destrucción de los embriones.

2. Los pronunciamientos anteriores

Natalie interpuso una demanda ante el Tribunal de primera instancia solicitando un requerimiento judicial para que su anterior marido restableciera el consentimiento a la transferencia de los embriones, y pidiendo, además, como medida cautelar, que se ordenara la conservación de los mismos hasta el final del procedimiento judicial. La demandante prometía eximir al sr. Johnston de cualquier obligación legal para con el hijo o hijos que pudieran nacer a partir de los embriones congelados. Tanto el juez de primera instancia como el de apelación desestimaron la petición.

¹⁶ *Human Fertilization and Embryology Act*, 1990: Schedule 3.

Storage of gametes and embryos. 8.—(1) A person's gametes must not be kept in storage unless there is an effective consent by that person to their storage and they are stored in accordance with the consent. (2) An embryo the creation of which was brought about *in vitro* must not be kept in storage unless there is an effective consent, by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo, to the storage of the embryo and the embryo is stored in accordance with those consents. (3) An embryo taken from a woman must not be kept in storage unless there is an effective consent by her to its storage and it is stored in accordance with the consent.

El Magistrado Wall, ponente de la sentencia del *High Court* (Tribunal de Apelación) (17), entendió que el consentimiento prestado por el, a la sazón, marido de la sra. Evans era válido para el tratamiento conjunto de ambos; disuelto el matrimonio, el consentimiento decaía de forma automática. Además, asistía al demandado el derecho reconocido en el párrafo 4º del anexo 3º de la Ley británica sobre Fertilización y Embriología (en adelante, HFEA) (18) de revocar el consentimiento dado antes del empleo efectivo de los embriones (para. [296]).

Ante la reclamación de la demandante de que la revocación del consentimiento previo violaba su derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la Corte de Apelación niega que el derecho invocado sea aplicable al caso porque, de hecho, no existe tal familia. La jurista británica A. SCULLY-HILL (2004) comentando la sentencia, liga este último razonamiento del Juez Wall con la sección 13(5) de la HFEA, la cual obliga a las clínicas a tener en cuenta el bienestar del futuro nacido a la hora de aceptar los candidatos a tratamientos de reproducción asistida. En el presente caso, argumenta la comentarista, el Juez está influido por el prejuicio de que una mujer divorciada no puede asegurar el bienestar del nacido. Las dudas sobre la idoneidad de la sra. Evans se confirman, según esta autora, en la afirmación del Juez de que “las preguntas de la sra. Evans sobre la congelación separada de sus óvulos ponían ya en cuestión la durabilidad de su relación futura con el sr. Jhonston”.

La sentencia subraya, finalmente, la necesidad de contar con el consentimiento de ambas partes para poder proceder a la implantación, en base al respeto de la vida privada (para. [245]-[247]). Las obligaciones legales del varón para con el nacido surgen de su consentimiento al tratamiento; por tanto, dicho consentimiento supone también una voluntad de hacerse cargo de las cargas familiares derivadas, que en este caso el varón no desea asumir ([253]).

(17) *Evans v. Amicus Healthcare Ltd. And Johnston* [2003] 4 All E.R. 903.

(18) *Variation and withdrawal of consent*. 4.—(1) The terms of any consent under this Schedule may from time to time be varied, and the consent may be withdrawn, by notice given by the person who gave the consent to the person keeping the gametes or embryo to which the consent is relevant. (2) The terms of any consent to the use of any embryo cannot be varied, and such consent cannot be withdrawn, once the embryo has been used— (a) in providing treatment services, or (b) for the purposes of any project of research.

3. Alegaciones

La sra. Evans recurrió la sentencia de la *High Court* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la exigencia legal de consentimiento constante de la pareja para que el embrión pudiera ser transferido violaba su derecho a formar una familia reconocido en el artículo 8 de la Convención, así como el derecho a la igualdad del artículo 14 y el derecho a la vida del artículo 2.

La demandante basa su petición en que permitir la revocabilidad absoluta del consentimiento dado, una regla sin posibles excepciones (*bright line rule*), en la que no cabe ponderar los intereses de las partes en cada caso, es injusto y desproporcionado. Los principios de interés general, seguridad y confianza pública en la norma que la Ley de Fertilización y Embriología Humana dice servir mediante esta previsión, continúa argumentando la demandante, hubieran podido satisfacerse igualmente si se hubiera impedido la revocación del consentimiento del varón una vez empleados sus gametos en la fertilización de los óvulos o, simplemente, reservando la anulación de la revocación para casos excepcionales como el presente. El hecho de que se estén empleando sus últimos óvulos, es decir, su última oportunidad de tener hijos propios (genéticamente vinculados a ella), hace que en el presente caso el derecho a continuar con el tratamiento se imponga al derecho de su anterior marido a revocar el consentimiento dado.

El sr. Jhonston contesta que intentar un embarazo a partir de los embriones congelados viola el artículo 8 de la Convención que protege igualmente su derecho a no ser convertido en padre a la fuerza.

4. Razonamiento del Tribunal

Ambas partes están de acuerdo, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también comparte, que la previsión de la ley británica prohibiendo a la clínica continuar el tratamiento en caso de que una de las partes revoque su consentimiento afecta al derecho de la demandante al respeto de su vida privada reconocido por el artículo 8 del Convenio, el cual, según jurisprudencia del propio Tribunal, comprende el respeto a la decisión de las personas de tener o no tener hijos. Sin embargo, continúa diciendo el fallo, el apartado segundo del propio artículo 8 añade que la injerencia en la vida privada puede estar justificada en de-

terminados casos en los que debe darse preferencia a la protección del interés general (19).

Siguiendo una técnica argumentativa habitual en él, el Tribunal entiende que a falta de consenso internacional sobre el momento hasta el cual es posible revocar el consentimiento dado por el varón para la fecundación *in vitro*, el margen de interpretación de cada Estado debe ser necesariamente amplio. Pues bien, la Corte acepta que el establecimiento de una regla sin excepción posible, que no permite ponderar los intereses en presencia, entra dentro de dicho margen y no atenta contra la garantía del artículo 8 del respeto a la vida familiar y privada. Consideraciones de política legislativa así como la necesidad de mantener la seguridad jurídica y la confianza pública en la ley, justifican la decisión del Parlamento británico de adoptar una regla tajante en materia de consentimiento al empleo de embriones congelados. El haber optado por impedir en algunos casos la revocación del consentimiento prestado por el varón hubiera dado lugar a importantes problemas de valoración y ponderación de factores tan delicados como el peso del cambio de las circunstancias vitales en dicha decisión. De permitirse esta opción, la labor del juez, de la clínica o de cualquier otra autoridad en la que el legislador hiciera residir la decisión, hubiera sido extremadamente difícil y sujeta a arbitrariedad e inconsistencia. Para reforzar su argumentación el Tribunal recuerda que en varias ocasiones anteriores (casos *Pretty* y *Odièvre* (20) se ha admitido que el Estado adopte una legislación que interfiere en decisiones sensibles, que afectaban a la vida privada de las personas, y que no admitían excep-

(19) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, establece en su artículo 8: *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*. 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.

(20) En los casos *Pretty* (caso *Pretty v. Reino Unido*, application no. 2346/02, 29 de abril de 2002) y *Odièvre* (caso *Odièvre v. Francia*, application no. 42326/98, de 13 de febrero de 2003) el Tribunal entendió que importantes consideraciones de políticas públicas legitimaban al legislador para intervenir en la vida privada de las personas dictando normas claras y tajantes, que no admiten excepciones, y que sirven para mantener la confianza pública en la ley en materias altamente sensibles como la eutanasia o el anonimato de la madre.

ciones ni ponderación de intereses en cada caso. A pesar de todo, en el caso Evans la Corte admite expresamente que también hubiera cabido dentro de los márgenes del artículo 8 que la ley adelantara dicho límite al momento de la fertilización, como de hecho prescriben algunas leyes europeas que el Tribunal cita.

En segundo lugar, argumenta la sentencia que, a pesar de haber una clara diferencia de grado en la implicación que supone el proceso de fecundación *in vitro* en el hombre y en la mujer, conceder al varón la facultad de retirar su consentimiento no supone desigualdad de trato a la luz del artículo 14, ya que el derecho a la vida privada del varón no puede ser menos digno de protección que el de la mujer. La Corte entiende que la facultad del varón de revocar el consentimiento dado no atenta contra el equilibrio justo (*fair balance*) requerido por la interpretación conjunta de los artículos 8 y 14. “¿Qué afecta más al justo equilibrio entre las partes”, se pregunta el Tribunal, “privar a la mujer de la posibilidad de procrear mediante sus propios gametos, u obligar al varón a convertirse en padre contra su voluntad?”

Finalmente, el fallo rechaza la violación del artículo 2 en base al argumento de que el no nacido no es titular del derecho a la vida.

En cambio, el voto particular suscrito por dos miembros de la Corte (21) argumenta que dadas las circunstancias del caso, la necesidad de establecer un justo equilibrio entre intereses requerido por el artículo 8, obligaba al Tribunal a analizar y ponderar los intereses y las cargas de cada parte, en lugar de conceder un margen de apreciación tan amplio al Estado, permitiéndole establecer una norma sin excepciones y aplicable a cualquier caso. Según los jueces disidentes, el interés público en proteger el derecho a no ser convertido en padre a la fuerza no puede traducirse en un poder de veto absoluto sobre el derecho a procrear de la mujer, igualmente protegido por el artículo 8.

El resultado del fallo es, como se ha visto, la admisibilidad desde el punto de vista del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de un derecho absoluto del varón que participa con sus gametos en la generación de un embrión extracorpóreo, a negarse a ser convertido en padre. No obstante, hay que insistir en que la Corte admite que esta posibilidad no es la única que cabe dentro de los márgenes del artículo 8, el cual, a

(21) Voto particular conjunto emitido por los Jueces Traja y Mijovic.

falta de consenso internacional en la materia, admitiría también la solución opuesta, es decir, la prohibición de revocación del consentimiento emitido por el varón a partir del momento de la fertilización del óvulo.

IV. LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE CRIOCONSERVACIÓN Y DISPOSICIÓN DE EMBRIONES CONGELADOS

El caso Evans constituye el primer litigio presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se contiene sobre el destino de los embriones sobrantes. La jurisprudencia nacional europea tampoco ha tenido ocasión, a diferencia de lo que ha ocurrido en Estados Unidos, de pronunciarse sobre esta cuestión hasta que se planteó el citado caso ante la jurisdicción británica. La escasa litigiosidad generada por esta cuestión en Europa en comparación con la ventilada en los Estados Unidos puede deberse en parte a que entre nosotros la reproducción asistida está más reglada que al otro lado del Atlántico.

La mayoría de los países europeos cuenta con leyes sobre medicina reproductiva en las que se ordenan tanto la creación y posible destino de los embriones como las personas autorizadas para disponer de los mismos. No obstante, tal como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Evans, falta consenso legal internacional sobre el momento hasta el cual es lícito revocar el consentimiento dado a la conservación y posterior implantación de los óvulos fecundados.

Si bien es cierto que los ordenamientos europeos que admiten la crioconservación han optado en su gran mayoría por exigir el consentimiento constante de ambos miembros de la pareja hasta el mismo momento de la transferencia a la mujer; sin embargo, como ahora veremos, se trata de una regla, en general, poco desarrollada y que en muchos casos se presta a interpretaciones contradictorias. La propia Ley inglesa de Fertilización y Embriología se refiere a la necesidad de consentimiento constante hasta el momento de "usar" los embriones ¿Qué debemos entender bajo este término? ¿Transferir, como pretende el demandado? ¿Congelar, como quisiera la sra. Evans? Por otra parte, países como Alemania e Italia prohíben la propia crioconservación de los óvulos fertilizados. Parece pues válida la apreciación del Tribunal europeo sobre la falta de una norma clara y uniforme sobre la cuestión del consentimiento a la conservación y transferencia de embriones humanos.

1. Regulación sobre conservación de embriones

La conservación de embriones humanos está admitida en la mayoría de los países europeos con dos notables excepciones: Alemania e Italia. Está formalmente prohibida en Alemania por la Ley de Protección de Embriones de 16 de diciembre de 1990. Sin embargo, dado que la ley alemana define el embrión como “el óvulo humano ya fecundado y capaz de desarrollarse a partir del momento de la fusión nuclear” (§ 6), los médicos entienden que no está prohibido congelar óvulos fecundados antes de que se produzca la fusión nuclear; de hecho, la crioconservación de cigotos es una práctica rutinaria en las clínicas de fertilidad alemanas. También la prohíbe la más reciente Ley italiana de 19 de febrero de 2004, n° 40, en materia de procreación medicamente asistida (art. 14.1), con la única excepción de que la transferencia inmediata de los embriones al útero “no resulte posible por grave y documentada causa de fuerza mayor relativa al estado de salud de la usuaria no previsible en el momento de la fecundación”. En cualquier caso la transferencia deberá hacerse tan pronto como desaparezca la causa obstativa (art. 14.3).

En aquellos países en los que está admitida, la creación y conservación de embriones fuera del útero materno plantea interrogantes importantes en cuanto a la finalidad a la que pueden destinarse los mismos. Los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados europeos circunscriben las finalidades admitidas estableciendo prohibiciones en cuanto al uso, los destinatarios y el tiempo máximo durante el que se puede disponer de los embriones (22). El derecho comparado ofrece así una gran variedad de soluciones cuya sistematización resulta compleja, si bien puede afirmarse que lo autorizado en cada ordenamiento suele ser reflejo de convicciones sociales de fondo sobre el significado y el valor de la procreación humana, de la familia, de la sexualidad y del

(22) Además de las opciones legislativas relativas al destino de los embriones congelados, es interesante conocer las estadísticas sobre las opciones más frecuentemente adoptadas por las parejas genitoras. Varios estudios realizados en los Estados Unidos coinciden en que la decisión más habitual es la de conservarlos para uso propio, en segundo lugar, la de desentenderse de ellos sin tomar ninguna decisión al respecto, y finalmente, la donación de embriones sea para procrear o para investigación resulta ser la más infrecuente de todas. K. ELFORD, C. LAWRENCE y A. LEADER, “Research implications of embryo cryopreservation choices made by patients undergoing in vitro fertilization”, *Fertil. Steril.*, 2004, 81: 1154-5. M. CATOLLI, A. BORINI y MA. BONU, “Fate of stored embryos: our 10 years experience”, *Reprod Biol.* 2004, Jul. 1; 115 Suppl. 1: 16-18.

estatuto moral que se reconozca al embrión en cada contexto social. El conjunto de los destinos o finalidades admitidos por las leyes europeas puede resumirse en la siguiente lista: (1) la transferencia a la propia mujer de la que procede el óvulo empleado para crear el embrión, (2) la conservación limitada o ilimitada, (3) la donación a otra pareja o a otra mujer que desea gestarlo, (4) el empleo para investigación y (5) la destrucción.

Además de la finalidad a la que puedan destinarse los embriones se plantea la cuestión de quién puede o debe decidir entre los posibles destinos admitidos. Los ordenamientos que han regulado este extremo entienden, en su gran mayoría, que la decisión corresponde a la pareja de forma conjunta. Sin embargo, como ya hemos adelantado, no todas las soluciones legales coinciden a la hora de regular el caso de que, tras prestar consentimiento mutuo para un uso determinado, uno de los miembros de la pareja cambie de opinión.

En caso de desacuerdo entre los integrantes de la pareja sobre el destino que ha de darse a los embriones congelados, las principales soluciones legales o jurisprudenciales ideadas tanto en Europa como en los Estados Unidos han sido (1) sancionar el acuerdo previo con carácter vinculante (sistema contractual), (2) requerir un consentimiento constante por parte de ambos miembros de la pareja (derecho a no ser forzado a procrear), (3) reconocer al embrión un interés o derecho en ser gestado, (4) llevar a cabo una ponderación o balance de intereses en cada caso, (5) primar el derecho reproductivo de la mujer. Veamos con más detalle y distinguiendo entre las soluciones europeas y la jurisprudencia americana al respecto, el contenido de estas soluciones y las críticas que ha recibido cada una de ellas.

2. *Revocabilidad del consentimiento dado*

Para que el embrión pueda ser transferido a la usuaria, una parte importante de las leyes europeas sobre reproducción asistida requiere el acuerdo constante y actual de ambos miembros de la pareja. Es decir que en la mayor parte de los países europeos el consentimiento dado para el depósito y posterior implantación del embrión es revocable hasta el mismo momento de la transferencia.

La Ley *británica* de Fertilización y Embriología Humana de 1990, como ya se ha dicho, ha entendido que el consentimiento para el

uso de los embriones debe ser constante; y en el momento en el que falte el acuerdo para procrear, los embriones deben ser destruidos (23).

En el mismo sentido, las nuevas leyes *francesas* de bioética han querido llenar el vacío existente en esta materia estableciendo que la disolución de la pareja, por cualquier motivo, impide a la mujer reclamar los embriones conservados (24).

En *Dinamarca* (25), *Grecia* (26), *Austria* (27) y *Suiza* (28) la ley establece que cualquiera de las dos partes puede retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación del embrión. En *Holanda* y en *Bélgica* (29) esta misma regla está incluida en sendos Decretos de licencia para practicar la FIV.

En *Islandia*, *Suecia* y *Turquía* (30), el usuario varón posee un derecho de veto similar al de Reino Unido y Francia.

En *Alemania* el extremo referido carece de regulación al estar formalmente prohibida la crioconservación de embriones, pero la práctica clínica parece aplicar este modelo (31).

(23) Véase el citado Anexo 3, art. 8 (c) de la Ley de Fertilización y Embriología Humana (1990).

(24) Ley n°2004-800 de 6 agosto 2004, relativa a la bioética, art. 24.

(25) Ley sobre procreación artificial en conexión con tratamiento médico, diagnóstico e investigación sobre embriones de 1994.

(26) Ley 3089/2002, sobre Asistencia Médica a la Reproducción Humana.

(27) Ley sobre Medicina de trasplantes de 1998, art. 16.

(28) Ley Federal, de 18 de diciembre de 1998, sobre la Procreación Médicamente Asistida.

(29) La reproducción asistida está regulada por Decreto Real, de 15 de febrero de 1999, sobre fijación de las normas a las que los programas de cuidados médicos para la reproducción asistida deben responder para ser autorizados.

(30) EUROPEAN COUNCIL, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo*, Estrasbourg, 1998.

(31) Como se adelantó en el cuerpo del texto, la ley alemana de protección del embrión prohíbe la crioconservación de embriones humanos, si bien, las clínicas de reproducción asistida para evitar la prohibición recurren al expediente de crioconservar el óvulo inmediatamente después de la fecundación y antes de la división celular. El resultado es que en Alemania se ofrece la crioconservación de cigotos humanos para cuya gestión carece la ley de previsión específica. A falta de ley las Directrices del Colegio Federal de Médicos recomiendan recavar el consentimiento informado de ambos miembros de la pareja, el cual se considera revocable hasta el mismo momento de la transferencia. Se sigue, por tanto, el modelo de revocabilidad británico. BUNDESARZTKAMMER, *Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, 1998.

3. El caso español

En *España*, la nueva Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), establece en sus artículos 11.4.a y 11.6 que el consentimiento para dar a los preembriones criopreservados cualquiera de los destinos autorizados, incluida la transferencia a la mujer de la que procede el óvulo o a su cónyuge (en el caso de mujeres casadas con mujeres), “podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación”. Por tanto ha de entenderse que también en España el consentimiento de ambos miembros de la pareja debe ser constante y actual en el momento de la transferencia embrionaria.

El nuevo artículo 11 ha procurado resolver el grave problema planteado por la ley anterior (Ley 35/1988), la cual carecía de previsión legal específica que regulara el consentimiento para la transferencia de los embriones, aunque establecía que para el empleo de las técnicas, en general, debía recabarse el consentimiento del marido si la mujer estuviera casada pero no si estuviera separada o divorciada (artículo 6.3). Por tanto, en una interpretación literal de la norma, el varón que se separara o divorciara perdía el derecho a disponer de los embriones creados a partir de sus gametos, no así la mujer (32). No obstante, la nueva ley sigue planteando interrogantes interpretativas importantes al mantener con ligeras variaciones la redacción del artículo 6.3 de la norma anterior; redacción que, además, se reproduce parcialmente en el nuevo artículo 11.5:

(32) En cualquier caso, la práctica clínica apuntaba a la solución del consentimiento conjunto hasta el momento de la transferencia o del destino final que hubiera de darse a los embriones. Valga como ejemplo de lo afirmado el documento de consentimiento informado sobre “criopreservación y almacenamiento de embriones” recomendado por la Sociedad Española de Fertilidad en cuya cláusula 6ª se puede leer lo siguiente:

“De producirse discrepancias entre los miembros de la pareja sobre el destino de los embriones (por razón de divorcio, separación, etc.) el Centro no podrá atender la petición unilateral de disposición efectuada por uno solo de los miembros, como tampoco podrá aceptar ningún acuerdo de la pareja sobre los embriones que suponga una transacción económica o de intereses dada su evidente nulidad”.

Desde las filas doctrinales, M. CARCABA entendía que en dicho caso sólo el juez podía decidir sobre el destino de los embriones. CARCABA FERNANDEZ, M. “Protección jurídica del preembrión” AAVV, *Reproducción Asistida (Actas del 12 Curso de Verano. Universidad de Cadiz)*, Cadiz, 1992, 85 y ss.

“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 embriones”

La finalidad de la norma transcrita es, sin duda, la de prescribir la necesidad de consentimiento obligatorio de ambos miembros de la pareja que aportan sus gametos a la creación, crioconservación y utilización posterior de los embriones resultantes. Se pretende con ello reconocer el derecho de los genitores a decidir el destino de los embriones crioconservados dentro de los límites que marca la propia norma, y al mismo tiempo responsabilizarles de su destino, dado que sigue siendo frecuente que los usuarios de FIV se desentiendan de los embriones generados una vez lograda la descendencia o habiendo desistido de intentarlo.

Ahora bien, siendo esta la finalidad del precepto, ¿por qué se refiere este sólo al varón casado con la usuaria? ¿Cuál es el motivo para excluir al varón no casado que aporta sus propios gametos? La omisión resulta inexplicable. Si la causa de la misma ha sido reconocer el derecho individual a procrear de la mujer sin necesidad del consentimiento de su pareja, tal como GOMEZ (1994) o ALKORTA (2003) entre otros reclamamos durante la vigencia de la ley anterior, bastaba con eliminar la necesidad del consentimiento del varón en el artículo 6.3 relativo al empleo de las técnicas (cosa que tampoco se ha hecho ya que la mujer casada sigue teniendo la obligación de recabar el consentimiento de su cónyuge); sin embargo, tratándose del empleo de gametos propios, el reconocimiento de la necesidad de la anuencia del varón (esté o no casado con la usuaria) para la creación, almacenamiento y posterior transferencia de los embriones, resulta imprescindible y obligada.

Entendemos que la interpretación que excluye al varón no casado debe ser evitada, y que excepto cuando se trate de una donación de gametos, el genitor masculino debe ser consultado a la hora de crear y almacenar los embriones resultantes de su aportación genética, independientemente de la vinculación jurídica que a la sazón mantenga con la usuaria. Lo contrario supondría privar a aquél de forma radical y arbitraria de su derecho a decidir el destino de sus gametos. Otra cosa es que una vez consentida la crioconservación y posterior implantación de

los embriones uno de los miembros de la pareja decida, por cualquier motivo, retirar el consentimiento dado, mientras el otro quiera continuar con el tratamiento. En la medida en que la ley española prohíbe la maternidad subrogada, la gestación del embrión por parte de una mujer distinta a la genitora sería prácticamente imposible (33), de forma que la implantación sólo podría ser exigida por la mujer de la pareja de la que provienen los embriones.

Pero no es este el único problema exegético que plantea el artículo transcrito. También resulta oscuro el significado de la expresión “utilización de los embriones” del propio artículo 11.5. ¿A qué tipo de utilización se refiere el precepto? Por otra parte, el término empleado en este artículo no coincide con el del artículo 6.3 de la misma ley que, como sabemos, se refiere a la autorización para “aplicación” de las técnicas. Hubiera sido deseable que se formularan estas normas con mayor precisión. Con todo, es preciso reconocer que pese a la ambigüedad de las expresiones empleadas (“utilización de los embriones”, “aplicación de las técnicas”) lo más probable es que su interpretación judicial fuera idéntica a la de los tribunales británicos en el caso Evans (2003), los cuales entendieron que la expresión *use of preembryos* empleada por la ley británica abarcaba no sólo la creación y el almacenamiento sino también la implantación de los mismos.

Finalmente, y desde una óptica distinta, interesa observar que la ley española de reproducción asistida dispensa un tratamiento dispar al principio de revocabilidad del consentimiento para procrear en el caso del varón que consiente a la FIV y el del donante de gametos. El artículo 5.2 de la Ley condiciona la eficacia o, en su caso, validez de la revocación a que el donante necesite los gametos “para sí mismo”, y a que aquellos estén disponibles en el momento de la re-

(33) A no ser que el varón pretendiera implantar el óvulo fecundado de su anterior mujer en su nueva compañera. En este caso, y aún contando con la anuencia de la anterior esposa, la nueva pareja se encontraría con la dificultad de que las técnicas de reproducción asistida sólo pueden emplearse para superar problemas de infertilidad (o prevenir la enfermedad hereditaria del futuro nacido) y de que su uso debe ser racional y proporcionado, sin que pueda caerse en el encarnizamiento terapéutico. Siendo fértil, y pudiendo emplear sus propios gametos, difícilmente se autorizaría a la mujer gestar los embriones provenientes de una tercera.

(34) Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 5.2:

“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”.

vocación (34). La ley establece además la obligación de resarcir los daños (circunscritos en este caso a los “gastos de todo tipo”) generados por la revocación de los gametos donados. Constatamos con ello que el legislador español no tiene reparo (al menos en el caso del donante) en aparejar una obligación resarcitoria *ex lege* al ejercicio legítimo del derecho fundamental a no ser forzado a procrear. Téngase en cuenta que, aunque no se trate en este caso de una condición de eficacia de la revocación, la obligación de indemnizar una cantidad importante puede en determinados casos inhibir al donante y obstaculizar el ejercicio legítimo de su derecho a no ser forzado a procrear (35).

No cabe duda de que hay diferencias entre la retirada del consentimiento para emplear los gametos dentro de la propia pareja (consentimiento que expresa la voluntad del cedente de convertirse en padre del futuro nacido y lleva necesariamente aparejado el establecimiento de obligaciones paterno-filiales), y la cesión de gametos para facilitar la procreación de terceras personas (en la que se exime al cedente de toda obligación para con el nacido); pero, aún así, debe reconocerse que el ejercicio del derecho fundamental a procrear o a no ser forzado a procrear es idéntico en ambos casos. Si esto es así, parece que la propia ley de reproducción asistida contempla un supuesto importante de excepción o quiebra de dicho principio, no ya cuando la defensa de dicha libertad entra en conflicto con otro derecho fundamental (como el derecho a procrear de la pareja), sino en todos aquellos casos en los que el donante a pesar de haber cambiado de opinión con respecto a la donación se ve privado de su derecho a rescatar las muestras porque no necesita los gametos para procrear él mismo (piénsese en el caso del varón que años después de donar semen en su época de estudiante de medicina, se casa, tiene hijos propios y decide que no desea que nazcan más hijos biológicos de su material genético por temor a que puedan establecer relaciones incestuosas entre ellos).

(35) Por otra parte, cabe preguntarse si es razonable exigir una indemnización al donante que cede sus gametos al centro de fertilidad de forma gratuita, siendo así que, al menos en el sector privado, se trata de una actividad empresarial que genera beneficios. ¿No estaríamos en este caso ante un riesgo que debe asumir preferentemente el que desarrolla la actividad empresarial?

4. Sistema de protección del embrión

Un solo país europeo ha entendido que el interés más digno de protección en los procedimientos de fecundación *in vitro* (haya o no acuerdo de la pareja para la transferencia del cigoto), es precisamente el del propio embrión. La reciente ley italiana sobre reproducción asistida impide tanto al hombre como a la propia mujer revocar el consentimiento dado para la implantación una vez fertilizado el óvulo, en base al derecho del embrión a la vida.

La Ley de 19 de febrero de 2004, nº 40, en materia de procreación medicamente asistida, prohíbe a la pareja usuaria de FIV revocar el consentimiento dado para la creación y trasplante de los embriones criocervados, salvo cuando se trate de "motivos exclusivamente de orden médico-sanitario" (art. 6.4). En el caso de la mujer, está autorizada a posponer la implantación si consigue justificar que la misma "no resulta posible por grave y documentada causa de fuerza mayor relativa a su estado de salud no previsible en el momento de la fecundación" (art. 14.3). El varón, en cambio, no puede, en principio, oponer ninguna razón para evitar la transferencia. El divorcio o separación de la pareja no son, por tanto, causa de exclusión bajo la ley italiana.

La solución de esta norma ha sido duramente criticada por NADDEO (2004), entre otros, por violar el derecho a la libre determinación reproductiva tanto del varón como de la mujer. Si bien, es necesario apuntar que la procreación forzada presenta una especial gravedad en el caso de la mujer a la que se transfieren los embriones contra su voluntad, ya que, tal como apunta el profesor CASONATO (2005), obligando a la usuaria a someterse *manu militari* a la transferencia de embriones, se está atentando también contra su derecho fundamental a la libertad de disponer del propio cuerpo y al principio de autonomía del paciente, consagrado en el artículo 5º del Convenio del Consejo de Europa sobre Biomedicina.

5. Hungría: reconocimiento a las cargas asumidas por la mujer

Una particularidad digna de mención es la que presenta la regulación sobre medicina reproductiva de Hungría contenida en el *Código de Ética* del COMITÉ CIENTÍFICO SOBRE CUESTIONES MÉDICAS (1990). En reconocimiento de que el sometimiento a las técnicas de reproducción asistida constituye una carga superior para la mujer que

para el hombre, y a falta de un consentimiento previo escrito estipulando lo contrario, la práctica médica húngara autoriza a la mujer a proseguir con el tratamiento aunque fallezca el marido, y también tras el divorcio. La explicación consiste en que forzar a la mujer a someterse a un nuevo ciclo de estimulación ovárica seguida de la punción folicular para obtener los gametos resulta excesivamente gravoso, habiendo embriones sobrantes cuya transferencia se puede intentar sin mayor coste físico para ella.

Se trata de una opción aislada dentro del panorama legislativo europeo, que sin embargo ha tenido eco en parte de la jurisprudencia y de la doctrina americana sobre “custodia de embriones”, a cuyo estudio dedicamos el siguiente epígrafe.

En suma, con la excepción del ordenamiento italiano y húngaro, que consideran la fertilización como momento decisivo del consentimiento, la mayoría de los ordenamientos europeos que han regulado la crioconservación y transferencia de embriones humanos permite a los usuarios de FIV revocar el acuerdo para la transferencia en cualquier momento anterior a la implantación de los embriones. Incluso en el caso de que el ordenamiento declare que los intereses del embrión merecen especial protección, como hace la ley francesa de bioética, se permite a la pareja suspender o renunciar para siempre a su proyecto reproductivo, en aras al derecho a no ser forzado a procrear. Los ordenamientos que entienden que el embrión debe ser preservado y no puede ser destruido ni entregado a la investigación, reconocen al mismo tiempo que la voluntad de la pareja debe ser determinante a la hora de decidir su transferencia. En consecuencia, puede afirmarse que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, el estatuto jurídico o moral del embrión no llega a imponerse a la libertad reproductiva de sus genitores.

V. JURISPRUDENCIA AMERICANA E ISRAELÍ SOBRE “CUSTODIA DE EMBRIONES”

A diferencia de lo ocurrido en Europa, el uso de las tecnologías reproductivas en Norteamérica permanece prácticamente sin regular, en nombre de la autonomía reproductiva. Como veremos, en Estados Unidos se ha entendido que la medicina reproductiva no es más que una extensión del derecho-libertad de procrear de las personas, y que no merece una regulación más profunda ni más constrictiva que cual-

quier otro sector de la medicina. Algunos pocos Estados de la Federación han legislado sobre estas técnicas, pero ninguna de las leyes promulgadas resuelve el problema del destino que haya de darse a los embriones en caso de desacuerdo (36). Por otra parte, la aplicación de las tecnologías reproductivas ha dado lugar a numerosos litigios, entre los cuales destacan precisamente los llamados casos sobre “custodia de embriones”.

La aproximación de la jurisprudencia americana a los contenciosos sobre disposición de embriones ha sido muy variada y poco uniforme. Como veremos, los argumentos utilizados difieren de una sentencia a otra. Llama la atención, por tanto, el hecho de que a pesar de esta diversidad argumental el resultado de los fallos ha sido invariablemente el de negar a la solicitante el derecho a procrear a partir de los embriones crioconservados objeto de la disputa.

En contraste con este resultado, el Tribunal Supremo israelí, en un caso enormemente publicitado en los medios de comunicación, resolvió permitir a la demandante el acceso a los embriones, aun cuando ella misma no podía gestarlos.

Expondremos a continuación brevemente la batería argumental de los fallos referidos y las críticas doctrinales de las que han sido objeto.

1. Modelo contractual: carácter vinculante del consentimiento informado

La firma de un documento por el que la pareja que se somete a una FIV dispone del destino de los embriones no implantados es una práctica muy extendida en las clínicas de fertilidad americanas desde hace muchos años. Surgió, sobre todo, a causa del importante número de parejas que una vez conseguida la descendencia deseada o habiendo renunciado a continuar con el tratamiento, se desentendían de los embriones depositados, dejándolos en manos de las propias clínicas; más tarde fue extendiéndose a otros supuestos como el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja genitora. Con el tiempo, el documento se ha convertido en una exigencia impuesta

(36) Véanse a título de ejemplo las leyes de New Hampshire (N.H. 168-B:13 et seq.); Louisiana (La. 9:121-9:133); Texas (Tex. Fam. Code Ann. 151.102 b).

por la mayoría de las clínicas de reproducción asistida tanto en Europa (37) como en Estados Unidos (38).

Sin embargo, a la postre, dichos acuerdos previos en los que han confiado las clínicas para dar solución al problema de los embriones congelados no han resultado todo lo efectivas que aquellas hubieran deseado. La separación o el divorcio de la pareja genitora ha dado lugar a numerosas disputas judiciales en las que se cuestiona el carácter vinculante de dicho consentimiento; siendo lo cierto que sólo en un caso ha reconocido la jurisprudencia americana el carácter contractual del mismo.

El Tribunal de Apelaciones de Nueva York resolvió en septiembre de 1997 un litigio en el cual reconoció plena validez al acuerdo al que había llegado el matrimonio Kass en el curso de repetidos tratamientos de fecundación *in vitro* (39). Según dicho acuerdo, en el supuesto de que la pareja se separara o por cualquier otro motivo fuera imposible llegar a un entendimiento sobre el destino de los embriones sobrantes, estos debían ser donados a proyectos de investigación biomédica. Tras el divorcio, la sra. Kass solicitó la custodia sobre los embriones sobrantes a fin de intentar el embarazo una vez más, a lo que se opuso su ex marido. En la sentencia, la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York concedió plena validez al acuerdo previo, ordenando que los embriones fueran destinados a la

(37) Valga como ejemplo de esta progresiva ampliación de contingencias la propia regulación británica recurrida en el caso Evans: el *Code of Practice del Human Fertilization and Embryology Authority* establecía en su primera versión de 1990 que "cualquier persona que consienta el depósito de gametos o embriones debe especificar: qué destino debe darse a los mismos en el caso de que fallezca o devenga incapaz". En cambio, el artículo 5.9 del vigente Código de Práctica, invocado en el caso Evans, dispone que: "El que consienta la conservación de gametos y de embriones debe indicar qué debe hacerse con los mismos para el caso de: fallecimiento, *divorcio*, incapacitación y variación o revocación del consentimiento dado".

(38) Florida (Fla. Stat. Ann. 742.17 (West 1997) adoptó una norma que obliga a la pareja usuaria a firmar un documento previo al tratamiento en el que se decida la suerte de los futuros embriones crioconservados en caso de fallecimiento, divorcio u otras "circunstancias imprevistas". Según dicha norma en caso de que la pareja no haya firmado un documento de consentimiento informado ambos deberán decidir conjuntamente (742.17(2)). Sin embargo, surgen dudas acerca de la eficacia de dicho acuerdo en caso de conflicto entre los dos miembros de la pareja; y la ley tampoco aclara cómo proceder en el caso de que falte el documento y la pareja no se ponga de acuerdo. Véase al respecto, SHAPO, Helene S. "Frozen Pre-Embryos And The Right To Change One's Mind", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 12/2002:82.

(39) *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d, 150, 663 N.Y.S.2d 581 (1997).

investigación (40). El Tribunal del caso *Kass* prescinde de analizar la repercusión del cambio de circunstancias en la validez del acuerdo firmado por las partes en un momento anterior al inicio del tratamiento, y tampoco se plantea el hecho de que para la sra. Kass se tratara de la última oportunidad de tener hijos biológicos.

La resolución coincide con las tesis del profesor americano John ROBERTSON (1898, 1990a, 1990b), al que aquella cita expresamente, en orden a la validez de los documentos de consentimiento informado en caso de desacuerdo. Dicho autor argumenta que este proceder evitará litigios y proporcionará mayor seguridad jurídica tanto a las clínicas como a los usuarios. ROBERTSON, cuyos numerosos artículos sobre aspectos jurídicos conflictivos de la reproducción asistida han influido en la regulación americana de esta materia, defiende que el documento que las clínicas presentan a la firma es más que un mero formulario de consentimiento informado puesto que su contenido vincula tanto a la pareja con la clínica como a los propios miembros de la pareja entre sí. Con el fin de dar prioridad a la "opción reproductiva" (*procreative choice*) de los genitores frente a la decisión de la clínica; y también para evitar el coste de la judicialización del conflicto en caso de desacuerdo, John Robertson aboga además por mantener la eficacia contractual de dicho documento incluso en el caso de que cambien las circunstancias con respecto al momento de la firma (*v. gr.* en caso de separación o divorcio) (41). La tesis contractualista del profesor de Texas cuenta con numerosos seguidores en los Estados Unidos (42) y ha influido en alguna otra jurisprudencia a la que nos referiremos en seguida (aunque

(40) La sentencia del caso *Kass*, basada en el acuerdo firmado por la pareja antes de someterse al tratamiento, se alinea en la misma dirección de determinada jurisprudencia americana sobre reproducción asistida que defiende la "paternidad por contrato". Esta tendencia se ha manifestado en varios casos de maternidad subrogada en los que la mujer que dio a luz reclama la maternidad legal del nacido; en cambio los tribunales fallaron a favor de la pareja que había firmado un acuerdo previo de gestación por sustitución con la mujer. Véase, en este sentido, *Johnston v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993) (en banc); *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

(41) Robertson ha sugerido que privar a los progenitores de poder decisorio sobre los embriones puede ser inconstitucional en base a la 14ª Enmienda que reconoce el derecho a la *privacy*. No obstante, él mismo reconoce que dichos documentos carecen de validez en caso de que la mujer de la pareja se niegue a gestar los embriones congelados, a pesar de haber consentido previamente a ello.

(42) A título de ejemplo, véase, FORSTER, H. "The legal and ethical Debate Surrounding the Storage and Destruction of Frozen Human Embryos", *Wash. U.L.Q.* 76/1998:759-773; COLEMAN, Carl H, "Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Disputes Over Ownership Rights

en esta el resultado no haya sido, como en el caso *Kass*, el de dar por válido el acuerdo previo) (43).

Frente a esta postura, aunque sin cuestionar los principios de *pro-creative liberty* en los que se basa, se ha pronunciado el también profesor americano ANNAS (2000). Dicho autor basa su crítica en la desnaturalización de los documentos de consentimiento informado en los Estados Unidos. La lista de contingencias contempladas en aquellos ha ido aumentando hasta alcanzar todas las situaciones imaginables; además del fallecimiento del depositante, los formularios de algunas clínicas americanas piden al paciente que se pronuncie sobre el destino de los embriones en caso de que se retrase en el pago de las cuotas del depósito, e incluso en el supuesto de que desaparezca o se disuelva la clínica. Por otra parte, los usuarios son invitados a pronunciarse sobre el destino que debe darse a los embriones en situaciones futuras de muy difícil anticipación, como el divorcio o la separación, siendo su decisión vinculante en todo caso.

Según ANNAS (2000), dichos documentos han perdido en gran parte su función originaria, la de permitir que la pareja usuaria decida libremente dentro de las opciones legalmente admitidas sobre el destino de los embriones sobrantes, para convertirse en instrumentos facilitadores de la gestión de los stocks de embriones. Como consecuencia, en lugar de fomentar la autonomía de los usuarios y la facultad de decidir sobre los depósitos, los documentos de consentimiento informado se están convirtiendo en una especie de contratos vinculantes celebrados entre la pareja y la clínica, cuyo objetivo principal es determinar las obligaciones de los genitores y acotar la responsabilidad de la clínica.

Desde otro punto de vista, a la tesis contractualista le ha objetado PENNING (2000, 2003) que la naturaleza jurídica de los documentos que firman las parejas usuarias de la FIV no es la propia de un con-

to Frozen Embryos”, *Cath. U.L. Rev.*, 43/1999:989-1001; WALTER, P. “His, Hers, or Theirs –Custody, Control and Contracts: Allocating Decisional Authority Over Frozen Embryos”, *Seton Hall L. Rev.* 29/1999: 937-949; FLEMING, “Navigating the slippery slope of frozen embryo disputes: the case for a contractual approach”, *Temple Law R.* 75:345-374, 2002; SMITH, J. A. “*J.B. v. M.B.* New Evidence that Contracts Need to Be Reevaluated As the Method of Choice for Resolving Frozen Embryo Disputes”, *N.C.L. Review* 81/2003:878-1011.

(43) Citan a Robertson las resoluciones *A.Z. v. B.Z.*, 725 N.E.2d 1051, 1055 (Mass. 2000); *J.B. v. M.B.*, 2001 WL 909294, at 7 (N.J. Aug. 14, 2001); *Kass v. Kass*, 663 N.Y.S.2d 581, 597-98 (N.Y. App. Div. 1997); *Litowitz v. Litowitz*, 10 P.3d 1086, 1090 (Wash. 2000).

trato sino la de un consentimiento informado o una directiva avanzada. Las decisiones y los actos de disposición sobre embriones y gametos humanos (incluida la donación) difieren de los contratos en una característica esencial: los primeros son siempre revocables, al igual que la donación de órganos o las decisiones anticipadas sobre el tratamiento médico. Cuando se trata de instrucciones previas de un paciente, es pacífico afirmar que la decisión más reciente invalida las anteriores y que el paciente no puede renunciar al derecho a cambiar de opinión en el futuro (44). Resulta por tanto inapropiado atenerse al consentimiento informado o la instrucción previa emitida en el pasado cuando el paciente o usuario es actualmente competente para tomar decisiones.

El principio de revocabilidad es pues indiscutido en el ámbito del tratamiento médico individual; sin embargo, lo cierto es que este de-

(44) El artículo 5 del Convenio de Asturias de 1997 establece que: "Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento."

Existe no obstante un tipo de directiva avanzada de carácter irrevocable, que en el mundo anglosajón es conocida como "Ulysses Directive" (en referencia al episodio de la Odisea en el que Ulises pide a la tripulación que lo amarren al mástil del barco para evitar que el canto de las sirenas lo vuelva loco, encomendándoles además que no deben soltarlo incluso en el caso de que él mismo se desdiga y ruegue con las mejores razones a la tripulación que lo suelten). Este tipo de instrucción previa fue diseñado en los Estados Unidos para la toma de decisiones en enfermedades mentales degenerativas como una forma de asegurar que el paciente recibirá, en un momento posterior en el que la enfermedad mental empieza a hacer mella y el paciente puede estar tentado de desistir, el tratamiento previamente consentido, que en general suele causar gran sufrimiento físico y psíquico. R. DRESSER, "Ulysses and the psychiatrists: a legal and policy analysis of the voluntary commitment contract", *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 16, 1982: 833-835. Del mismo autor, "Bound to treatment: the Ulysses contract", *Hastings Centre Report*, 14, 1984: 13-16.; M. WINSTON, S. WINSTON, P. APPELBAUM, *et al* "Can a subject consent to a Ulysses contract?" *Hastings Centre Report*, 12, 1982: 26-28.

De forma similar podría plantearse que la pareja que se somete a una FIV estaría en su derecho de firmar un tipo de directiva irrevocable en previsión de que una futura crisis matrimonial alterara su juicio. La irrevocabilidad del acuerdo se justificaría alegando que la crisis matrimonial suele generar tensiones emocionales que dan lugar a decisiones equivocadas que las partes pueden lamentar después. Sin embargo, tal como argumenta PENNINGGS, es incógruente afirmar que el cambio de circunstancias no debe invalidar el contrato, cuando es precisamente este cambio (la crisis matrimonial) el que ha dado lugar a la directiva o instrucción previa. PENNINGGS, G. "The validity of contracts to dispose of frozen embryos", *J Med Ethics*, 28:295-298.

recho a cambiar de opinión resulta más difícil de aplicar cuando el consentimiento o la decisión corresponden conjuntamente a dos personas. Como en los contratos, permitir la rescisión unilateral de lo acordado sobre los embriones puede perjudicar a la otra parte. Por este motivo, entendemos que en algunos casos la anuencia a la creación y futura transferencia de los embriones resultantes de una FIV puede tener ciertos efectos jurídicos, como argumentaremos más adelante.

Cabe recordar así mismo que asegurar la revocabilidad del consentimiento dado abre nuevas interrogantes sobre el destino final de los embriones crioconservados ¿Qué hay que hacer con aquellos cuando uno de los miembros de la pareja se opone a la transferencia? En la ley británica la revocación del consentimiento lleva aparejada la obligación por parte de la clínica de destruir los embriones de la pareja; en cambio, la mayoría de las leyes europeas carecen de previsión al respecto. Cabría pensar que este es el supuesto en el que podría hacerse valer la instrucción previa o el consentimiento informado emitido por la pareja en el momento de la crioconservación. Así como para la mayor parte de la doctrina resulta inaceptable invocar el consentimiento para la transferencia de embriones en un momento en el que han cambiado las circunstancias vitales de la pareja; por el contrario, la previsión anticipada o el consentimiento diferido sobre el destino de dichos embriones en caso de que falte el acuerdo mutuo para la transferencia no atenta, en nuestra opinión, contra el principio básico de autonomía ni limita el derecho a decidir sobre la propia reproducción de ninguno de los dos miembros de la pareja. Sería por tanto recomendable que en aquellos ordenamientos en los que falta previsión legal sobre el destino de los embriones en caso de revocación del consentimiento, los documentos de consentimiento informado contemplaran dicho supuesto y proveyeran destinos alternativos que no atenten contra la voluntad reproductiva de ninguno de los miembros de la pareja como, por ejemplo, el mantenimiento de la conservación, la donación para la investigación o la destrucción.

2. Derecho a no ser forzado a procrear

A diferencia de lo fallado por los Tribunales de Nueva York, reclamaciones posteriores en las que se debatía la validez del acuerdo tras el divorcio, se han resuelto en sentido contrario. En el caso *AZ v. BZ* (2000, 431 Mass. 150; 725 NE 2d 1051) existía un acuerdo previo por el

que en caso de separación los embriones se pondrían a disposición de la mujer que podría seguir adelante con el tratamiento. La Corte Suprema de Massachussets entendió que el acuerdo no era vinculante porque “la procreación forzada no puede ser dictada por un juez, sino que es un asunto de libertad personal en materia de matrimonio y familia”.

En *JB v. MB* (2001 WL 909294), la esposa solicitó la destrucción de los embriones mientras el marido quería preservarlos para que fueran empleados por una futura esposa. La Corte Suprema de Nueva Jersey citó la sentencia *AZ v. BZ* y esgrimió los mismos argumentos de interés público para desatender la petición de la demandante. Sostuvo igualmente que la falta de acuerdo constante de la pareja invalidaba el contrato, y que todo cambio de parecer por parte de cualquiera de los dos miembros de la pareja debía notificarse a la clínica en la que estuviesen depositados los embriones (45).

En el mismo sentido, citando expresamente la sentencia *AZ*, se pronuncia la más reciente sentencia *In re Marriage Witten*, 672 NW 2d 768 (Iowa 2003).

3. Mejor derecho del que carece de “otras alternativas razonables para procrear”

El primer caso sobre custodia de embriones ventilado en los Estados Unidos, fue también el que dio lugar a la sentencia más elaborada sobre esta cuestión. El caso *Davis v. Davis* resuelto por el Tribunal Supremo de Tennessee (46) consistía en que los Davis, de Knoxville, Tennessee, se sometieron a un programa de fecundación *in vitro* durante su primer año de matrimonio, pero antes de que la señora Davis intentara la implantación de los embriones obtenidos, Junior Lewis interpuso una demanda de divorcio. Los Davis llegaron a un acuerdo en todo menos en el destino que debían dar a los siete embriones congelados. Mary Sue solicitó autorización para seguir con el programa de fecundación asistida iniciado durante el matrimonio; J. Lewis se opuso, alegando que prefería que los embriones permanecieran congelados. El caso llegó en apelación ante el Tribunal Supremo de Tennessee; aunque, para entonces, ambos litigantes habían vuelto a casarse con terceras

(45) J.B., 2001 WL 909294, at 9.

(46) *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1991).

personas, y Mary Sue ya no pedía la transferencia de los embriones, sino sólo una autorización para donarlos a una pareja que no pudiera tener hijos.

En primer lugar el Tribunal examinó el estatuto jurídico de los embriones *in vitro* llegando a la conclusión de que “estrictamente hablando” los preembriones no eran, ni cosas ni personas (*either persons nor property*), sino que ocupaban una categoría intermedia que los hacía acreedores de un “especial respeto” por ser portadores de vida humana potencial (47).

Una vez examinado este aspecto la Corte quiso zanjar definitivamente los conflictos sobre la custodia de embriones estableciendo que las disputas sobre su empleo deben resolverse, primero, atendiendo al deseo actual de los genitores; si no hay acuerdo entre ellos, entonces debe estarse a lo previamente decidido por ambos; y, finalmente, faltando el acuerdo previo, hay que sopesar los intereses de cada parte en el empleo de los embriones. Normalmente, continúa diciendo el fallo, el deseo de la parte que no accede a emplear los embriones debería prevalecer en ba-

(47) En contra de esta concepción, y a favor del estatuto venal de los embriones se han pronunciado otras sentencias como *York v. Jones*, 717 F.2d Supp. 421 (E.D. Va. 1989), *Del Zio v. Columbia Presbyterian Medical Center* (New York, 1987, citado por CHARO, A. Fifteenth Anniversary Celebration: And Baby Makes Three-Or Four, or Five, or Six: Redefining the Family after the Reprotech Revolution, 15 *Wis. Women's L.J.* 231, Spring, 2000, p. 23).

Esta jurisprudencia ha sido reconocida por una parte importante de la doctrina americana que ve en la “cosificación” del embrión la solución a los conflictos sobre disposición. Sin embargo, tal como ha señalado SHAPIRO tanto si consideramos a los embriones “personas”, como si las consideramos partes del cuerpo o cosas, los genitores siguen detentando el derecho a decidir sobre los mismos. Según este autor, si el embrión fuera una persona habría que aplicar analógicamente las reglas relativas a la patria potestad, las cuales asignan a los progenitores una serie de facultades de decisión con el fin de promover el interés del menor; el mejor interés del embrión se promovería por tanto manteniendo la facultad de decidir de los genitores. También en el caso de que entendamos que los embriones son cosas susceptibles de apropiación, los genitores, en calidad de propietarios, seguirían detentando el poder de decisión sobre los mismos. E incluso si los consideráramos partes del cuerpo habría que reconocer capacidad de decisión a los titulares en la medida en que nadie puede ser obligado a ceder partes de su cuerpo pero puede donarlas si así lo decide. Añade SHAPIRO que siendo la contribución de ambos genitores a la creación de los embriones equivalente, la facultad de disposición sobre los mismos debería ejercerse conjuntamente. Con el fin de asegurar la participación igual de los dos en la decisión sobre el destino de los embriones, las partes deberían estar obligadas por ley, tal como ocurre ya en algunos Estados, a firmar un documento conjunto que anticipe las situaciones en las que puede haber desacuerdo (divorcio, separación, etc.). R. SHAPIRO, *Who Owns Your Frozen Embryo? Promises and Pitfalls of Emerging Reproductive Options*, American Bar Association Section of Individual Rights & Responsibilities, <http://www.abanet.org/irr/hr/spring98/sp98shapiro.html>, consultado el 16 de junio de 2006.

se al derecho constitucionalmente reconocido a la *privacy* a no ser que la otra parte carezca de posibilidades razonables de convertirse en padre con otros medios que no sean el empleo de los embriones criocervados (48). Si falta esta posibilidad en alguna de las dos partes, el interés del infértil en emplear los embriones para procrear debería considerarse. Sin embargo, esta regla no puede aplicarse cuando se trata de que una de las partes desee donar los embriones a terceras personas; en este caso la que se opone tiene un interés más digno de protección (*significant*).

Cabe destacar que la sentencia ampliamente citada y comentada por la doctrina americana, ha sido sin embargo muy criticada en uno de sus razonamientos por considerar que el derecho del demandado a no ser forzado a procrear es el mismo derecho que asiste a la mujer embarazada para interrumpir voluntariamente su embarazo, reconocido por la sentencia *Roe v. Wade*. El derecho a la *privacy* consagrado en la Enmienda 14 en la que se basa el Tribunal Supremo Americano en el caso *Roe*, confiere, según la sentencia *Davis* dos derechos equivalentes, a procrear y a no procrear. Siendo las aportaciones de ambos miembros de la pareja a la creación de embriones extracorpóreos absolutamente equivalentes, el derecho del varón a no procrear debe tener la misma consideración que el derecho de la mujer embarazada a interrumpir su embarazo. Sin embargo, tal como ha señalado KATZ (1998) el caso *Roe* es inaplicable al presente supuesto por varios motivos; principalmente, porque se refiere al derecho a no procrear de una mujer embarazada en el cual está en juego su integridad corporal. El derecho a la interrupción del embarazo se basa, sobre todo, en el reconocimiento del *bodily integrity* de la mujer, como parte de su *privacy*. En el presente caso no es la integridad corporal de Junior Davis lo que está en juego sino la suerte de unos embriones conservados extracorpóreamente.

Tras este rápido repaso de la jurisprudencia americana cabe concluir que a pesar de la falta de uniformidad en la argumentación, los tribunales de aquel país han tendido a reconocer validez a los acuerdos previos de las parejas sobre el destino de los embriones firmados con ocasión del sometimiento a tratamientos de fertilidad, siempre y cuando dichos acuerdos no implicaran autorización para procrear (sino que fueran acuerdos para destinar los embriones, por ejemplo, a la investigación); al mismo tiempo, la jurisprudencia se han negado a reconocer validez a lo que el Tribunal de Massachussets ha llamado "procreación forzada", es

(48) "Reasonable possibility of achieving parenthood by means other than the preembryos in question" *Ibid.* at 640.

decir, a aquellos acuerdos que en caso de conflicto, autorizaban a uno de los dos miembros de la pareja o a un tercero para intentar el embarazo.

Otra vía es la seguida por Israel. El balance de intereses fue la solución adoptada por la Corte Suprema israelí en el internacionalmente difundido caso *Nachmani v. Nachmani* (49) en el que una pareja israelí sin hijos decidió someterse a FIV y una vez generados los embriones contrató con una madre subrogada en California para gestarlos. Se trataba de los últimos óvulos de la mujer, que tampoco podía gestar. Antes de que los embriones obtenidos fueran implantados en la madre de alquiler, la pareja se separó, y el varón se negó a la transferencia. La Corte de Distrito falló a favor de la mujer, entendiendo que un hombre que accedía a la fertilización no tenía más derechos a revocar su consentimiento que aquel que mantiene relaciones sexuales con una mujer. Una de las Salas de la Corte Suprema casó la sentencia atendiendo al derecho fundamental del varón a no ser obligado a convertirse en padre. A continuación, la mujer recurrió ante el Pleno del Tribunal que falló por siete votos contra cuatro a su favor. La mayoría de los jueces entendió que en este caso el interés de la mujer y en particular su falta de oportunidades para ser madre genética de otra manera se imponían al interés del varón. En cambio, los jueces de la minoría entendieron que el consentimiento del varón para el empleo de sus gametos era necesario en todo momento y que no se podía forzar a éste a ser padre una vez de que la pareja se hubiese separado (50).

A pesar de tratarse de supuestos distintos, la ponderación de los intereses de las partes contendientes en *Nachmani* y en *Davis* coincide en un punto importante; los pronunciamientos concuerdan en que el interés en no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre o madre genético, es decir, que no pueda generar más embriones a partir de sus propios gametos.

4. *Mejor derecho de la mujer a procrear (doctrinas de la "sweat equity" y de la analogía con la interrupción voluntaria del embarazo)*

Además de los argumentos utilizados por las últimas instancias de los respectivos Estados americanos en los que se plantearon los litigios

(49) *Nachmani v. Nachmani* (50 (4) PD 661 (Isr)

(50) La sentencia fue extensamente comentada por una de las Magistradas del Tribunal que resolvió el caso, D. DORNER, *Human Reproduction: Reflections on the Nachmani Case*, 35 *Texas International Law Journal* (2000) 1-11.

a los que nos hemos referido, los Tribunales inferiores que conocieron de algunos de estos casos manejaron otros dos tipos de argumentos que merece la pena considerar, no tanto por su influencia en el resultado del caso, que fue desautorizada por el Tribunal de Apelación, sino por su repercusión en el gran debate doctrinal generado en los Estados Unidos a cuenta de las disputas sobre preembriones.

El primer argumento que traemos a colación es el de la “sweat equity” que resume la idea de mayor coste físico y emocional de la FIV para la mujer. En el caso *Kass* el Tribunal de primera instancia entendió que para resolver este tipo de disputas es preciso ser conscientes de que la fecundación *in vitro* requiere un tratamiento hormonal previo que puede resultar duro y costoso para la mujer. Esta diferencia entre el aporte de la mujer y del hombre a la creación efectiva del embrión debe pesar en la ponderación de intereses que decida a favor del mejor derecho a la custodia de uno u otro.

En línea con esta teoría, el ya citado profesor ANNAS (1998) argumenta que en la creación de embriones, no cabe equiparar el empleo de óvulos y el de espermatozoides en la medida en que la obtención de los gametos femeninos comporta un riesgo y un esfuerzo mucho mayor que el del esperma. El hecho cierto de que la extracción de los óvulos supone un daño mayor que el de los gametos masculinos, confiere un valor desigual al consentimiento de ambos miembros de la pareja, e invalida el lugar común de que siendo equivalente la contribución del varón y de la mujer a la generación de los embriones también debe serlo el valor del consentimiento requerido a cada uno. Por el contrario, en opinión de ANNAS (1998), el mayor daño o carga en el que incurre la mujer le da un derecho preferente sobre la “custodia” de los embriones resultantes.

Contra esta opinión se ha manifestado la profesora austriana FUSCALDO (2000) en base a que el daño infligido por la necesidad de someterse a un nuevo tratamiento de FIV ante la negativa de uno de los dos miembros de la pareja a que se transfieran los embriones no puede medirse exclusivamente en función del mayor coste físico y psíquico que supone la obtención de los gametos en el caso de las mujeres. Lo cierto es que el coste físico y emocional del sometimiento a un nuevo ciclo de estimulación ovárica y extracción de embriones varía en cada caso. Por ello las decisiones sobre la custodia o facultad de disposición sobre los embriones basadas exclusivamente en el coste superior de la obtención de los gametos femeninos pueden resultar arbitrarias. Si la extensión del daño o de las cargas en las que se incurre es impredecible, parece más correcto que aquellas se valoren en las demandas sobre

disposición de embriones en cada caso, pero sin establecer una regla general al respecto.

Incluso las autoras feministas que se han ocupado del fenómeno de la obtención de óvulos en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, como, por ejemplo, DICKENSON (2001), se guardan de afirmar que el coste, sin duda superior, que supone para la usuaria la obtención de los óvulos necesarios para la creación del embrión suponga a la postre un mejor derecho sobre el mismo. Esta autora entiende que el esfuerzo (*labour*) que supone para la mujer la obtención de los óvulos debe dotar a aquélla de derechos sobre el empleo y la transmisión de los óvulos (o sobre el control de la gestación), pero en ningún caso le proporciona una posición superior a la del varón en la facultad de disposición del embrión resultante de la fertilización de los gametos. En esta misma línea, se ha pronunciado CHARO (2000) que advierte además del peligro que supone esta línea argumental que puede desembocar en la consideración de que los padres son “propietarios” no sólo del embrión sino también del futuro nacido. Estableciendo una analogía con la gestación y el alumbramiento, argumenta ROBERTSON (1989) que “la mayor carga física que significa el embarazo y el parto no supone que las madres tengan un derecho preferente sobre la custodia de los hijos en los procedimientos de divorcio”.

Un argumento paralelo al ya referido del mayor daño generado a la mujer, y que como aquél persigue también conceder a la usuaria el control de los embriones, consiste en la analogía con los embriones *in utero*. En el referido caso *Kass* el Tribunal de apelación argumentó que el derecho de la mujer a decidir sobre su propio embarazo sin interferencias del padre implicaba que una vez generado el embrión *in vitro* el varón no puede oponerse a la transferencia de aquél (51). El consentimiento a la creación de embriones equivale, según el Juez del caso, a la relación física que provoca el embarazo (52).

(51) New York Appellate Division, *Kass*, 663 N.Y.S. 2d at 585-86.

(52) La prestigiosa *American Bar Association* (ABA), por ejemplo, aboga por preferir el derecho a procrear de la parte que desee convertirse en padre, sea esta el varón o la mujer de la pareja genitora. ABA aprobó una propuesta titulada *Frozen Embryo Disposition Policy* (1998), en la que se establecía el siguiente principio: “el derecho a no procrear se extingue en el momento de creación de los embriones”. Este argumento es empleado para declarar que “la parte que desea reproducirse y convertirse en padre o madre legal del nacido y que proceda de buena fe y en un período de tiempo razonable desde que los embriones fueron creados debería obtener la custodia de los embriones congelados”. Sobre esta declaración véase el comentario crítico de H. FORSTER, C. DONLEY y J. SLOMKA, “Comment on ABA’s proposed frozen embryo disposition policy” *Fertility Sterility*, 71, 1999: 994-995.

Como hemos visto el caso *Roe* ha sido invocado por los Tribunales americanos en sentidos opuestos, tanto para conceder derechos preferentes sobre la custodia de los embriones al varón como a la mujer. No obstante, hay que poner de relieve que la facultad de la mujer de interrumpir el embarazo está basada en el derecho a su integridad corporal. En los ordenamientos en los que se establecen leyes de plazos, el derecho a interrumpir el embarazo suele responder a la necesidad de proteger la libertad de decisión sobre el propio cuerpo. En consecuencia, tal como argumentan KATZ (1998), COLKER (1996) y ROBERTSON (1989), entre otros, este derecho no puede invocarse cuando se trata de embriones creados extracorpóreamente, que no comprometen el cuerpo de la generante. El derecho a decidir sobre el propio embarazo no aporta, según la mejor doctrina, criterios válidos para decidir conflictos sobre la custodia de los embriones.

VI. EL DERECHO ABSOLUTO A NO SER FORZADO A PROCREAR COMO REGLA EMERGENTE Y SU CRÍTICA

La jurisprudencia americana de las últimas dos décadas ha ventilado conflictos relativos a la custodia de embriones en al menos seis ocasiones. Tal como hemos descrito, se trata de una jurisprudencia que a pesar de estar seriamente entregada a la labor de hallar analogías, precedentes y principios, no ha sido aún sistematizada quizá por faltar un pronunciamiento al respecto del propio Tribunal Supremo. Algunas sentencias se han apoyado en una visión contractualista de la cuestión, entendiendo que esta aproximación al problema favorece la libertad procreativa amparada por la Constitución; otras sentencias, en cambio, rechazando la analogía planteada por Tribunales inferiores con el aborto, han entendido, si bien por razones no siempre coincidentes, que el derecho a no ser forzado a procrear se impone al derecho a procrear. En algunos fallos se ha argumentado que la procreación forzosa es contraria al interés público y en otros ha sido el resultado de la ponderación de los derechos e intereses de las partes contendientes. En cualquier caso, a pesar de haber adoptado posiciones divergentes sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos “preconcepcionales” y sobre el balance de intereses y de derechos en presencia, todas ellas han concluido invariablemente que cuando interviene la reproducción asistida el varón no puede ser forzado a convertirse en padre en contra de su voluntad.

No obstante, también parece haber alguna base jurisprudencial, como argumentan MEDENWALD (2001) y SHAPO (2002) para defender

el derecho a gestar los embriones en los casos en que la parte que los reclama no tenga otra forma alternativa de tener hijos biológicos. Esta excepción al principio general de revocabilidad del consentimiento dado para la transferencia de embriones admitida en la citada sentencia *Davis* y también en el caso *Nachmani* no ha sido contemplada por ninguna ley europea de reproducción asistida, y es precisamente la invocada por la sra. Evans en el caso recientemente resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La mayoría de las leyes europeas sobre reproducción asistida han seguido la estela de la ley británica y han adoptado una regla tajante en cuanto a la disposición de embriones sobrantes: la implantación de los mismos requiere el consentimiento constante y conjunto de la pareja genitora. La sra. Evans solicita en su demanda que el hecho de no poder tener hijos propios si no es recurriendo a los embriones obtenidos a partir de los gametos de su anterior marido, sea tenido en cuenta a la hora de valorar la adecuación de la Ley inglesa sobre Embriología y Fertilización al derecho a procrear comprendido en el artículo 8 del Convenio de Roma. El Tribunal de Estrasburgo se niega a entrar en la ponderación de intereses al que le invita la demandante argumentando que el establecimiento de una regla sin excepción posible, que no permite contrastar los intereses en presencia, no atenta contra la garantía del artículo 8 del respeto a la vida familiar y privada, ya que el haber optado por impedir la revocación del consentimiento prestado por el varón en algunos supuestos hubiera dado lugar a importantes problemas de valoración y ponderación de factores tan delicados como el peso del cambio de las circunstancias vitales en dicha decisión. La revocabilidad absoluta constituye, por tanto, una regla que a pesar de suponer una injerencia cierta en el derecho a procrear comprendido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se halla justificada en base a la necesidad de proteger el interés público, contemplada en el apartado segundo del propio artículo 8.

En suma, el estado de la cuestión parece indicar que así como el “derecho a no procrear” anterior a la FIV comprendía la esterilización voluntaria, la anticoncepción y la interrupción del embarazo, con el advenimiento de la medicina reproductiva y la creación extracorpórea de embriones, dicho derecho se debería extender también a la facultad de oponerse a la transferencia de los embriones creados *in vitro* a partir de gametos propios. Esta solución que puede en un principio parecer justa y equilibrada, además de conforme con la interpretación más avanzada del derecho a la autodeterminación procreativa reconocida en el CEDAW plantea interrogantes importantes.

Es preciso observar que la revocación del consentimiento se ha convertido, en la mayoría de los casos analizados, en un derecho absoluto de veto por parte del varón a la implantación de los embriones solicitada por la mujer. El permitir la revocación del consentimiento dado hasta el momento en el que deba procederse a la transferencia, como hace la mayoría de los ordenamientos europeos, no es una opción neutra con respecto al derecho a la procreación. A la postre, exigir la constancia en la aceptación de la transferencia de los embriones congelados por parte de ambos miembros de la pareja supone preferir el derecho a no ser forzado a procrear (normalmente reclamado por el varón) sobre el derecho a reproducirse (que suele ser lo solicitado por la mujer que reclama la transferencia de los embriones).

La doctrina inglesa anterior al caso Evans pone de relieve este hecho. La Ley de Embriología y Fertilización Humana de 1990 ha sido autorizadamente descrita como “geneticista”, en el sentido de que enfatiza la naturaleza genética de la paternidad. La anterior presidenta de la *Human Fertilisation and Embriology Authority* (organismo independiente encargado de aplicar e interpretar la ley de 1990), Ruth DEECH (2000) opina que “la postura británica es muy insistente en la necesidad de consentimiento como la clave para conseguir la dignificación y el control del empleo del propio material genético”. Desde esta óptica, el profesor MASON (1998) ha criticado la exigencia de consentimiento constante por ser poco plausible que la pareja en proceso de divorcio se ponga de acuerdo para conceder a la mujer la oportunidad de gestar los embriones congelados. La necesidad de consentimiento constante por parte de ambos miembros de la pareja junto con la obligación legal de destrucción de los embriones en caso de desacuerdo sobre su destino, impiden en la práctica totalidad de los casos que la mujer divorciada llegue a gestar los embriones, a pesar de que fueron originariamente creados para dicho fin. El resultado, parafraseando a SHAPO (2002) es el derecho de veto permanente del varón que impide a la otra parte ejercitar su, en principio, igual derecho al “control del empleo del propio material genético”.

Por otra parte, SCULLY-HILL (2003) ha hecho notar que la exigencia de que en caso de desacuerdo (por separación o divorcio) prevalezca el interés de la parte que no desea procrear favorece una interpretación restrictiva del derecho de acceso a las técnicas de la mujer separada o divorciada. Como hemos visto, en el propio caso Evans, el juez británico de apelación muestra dudas de que una mujer divorciada pueda cumplir con la exigencia impuesta por la sección 13 (5) de la HFEA, que insta a tener en cuenta el bienestar del futuro nacido en la selección de los

candidatos a FIV (53). Cabe preguntarse qué ocurriría en el supuesto de que la Sra. Evans no estuviera divorciada y su marido se negara a la implantación de los embriones, ¿hubieran adoptado los Tribunales la misma solución ante la reclamación de la sra. Evans? (54)

El propio Tribunal de Estrasburgo a pesar de desestimar la demanda de la sra. Evans, pone de relieve que el reconocimiento de un derecho absoluto del varón a oponerse a la gestación de los embriones no es la única solución que cabe dentro de los límites del Convenio; dando a entender que sin rebasar los márgenes del mismo caben otras soluciones en las que se establezcan excepciones a la regla de la revocabilidad. Procede preguntarse, por tanto, qué tipo de excepciones cabría admitir

(53) Puede parecer que con las técnicas de reproducción asistida, que disocian la sexualidad de la procreación y compartimentalizan el proceso reproductivo estamos potenciando el derecho a elegir y el individualismo, así como las formas alternativas de familia; sin embargo, tal como ha demostrado BUSNELLI, la mayoría de las leyes europeas (excepción hecha de la española que reconoce el derecho de las mujeres solas y de las familias homosexuales a la medicina reproductiva) ha restringido el acceso a la tecnología reproductiva favoreciendo el derecho de la familia heterosexual casada o consolidada. Este fenómeno al que él llama neoinstitucionalismo está presente también en la ley británica, que, sin embargo, es calificada por muchos como extraordinariamente liberal. BUSNELLI, "Quale regole per la procreazione assistita?", *Riv. Dir. Civ.* 5 (1996) 574-590.

(54) En un caso recientemente resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Dickson contra Reino Unido* (application no. 44362/04, Strasbourg, 18 April 2006), la Corte niega a la mujer de un recluso el derecho a la inseminación artificial en base al argumento del bienestar del futuro nacido. La mujer de 50 años de edad, alegaba, al igual que la sra. Evans, que se trataba de su última oportunidad de tener hijos propios. El Tribunal entiende, sin embargo, que el recluso que cumple una condena larga, no podrá hacerse cargo del nacido. El Juez Bonillo en su voto particular expresa de modo ferviente esta idea:

"Nothing in the Convention guarantees a right to procreate. What the convention more cogently guarantees is the right to found a family (art. 12). The concept of family enshrined in art. 8 and 12 requires more than the mere forwarding of sperm from a distance in circumstances which preclude the donor from participating meaningfully in any significant function related to parenthood. Permitting offspring to be born to the applicants would not be fostering the best interest of the desired child. In the architecture of the convention, at least as fundamental as the right of a woman to be a mother, is the dogma of the supreme interest of the child. It is highly speculative whether a union that has not been tested in the normal circumstances of daily life would be a preferred platform to ensure the fulfilling infancy for the desired child."

Ante la postura del Tribunal y el voto particular del Magistrado Ronello, cabe preguntarse, como hacen los Magistrados Casadevall y Garlicki en su voto particular, si la Corte no considera capaces de satisfacer las necesidades del nacido a las miles de mujeres que sostienen familias monoparentales no sólo en el Reino Unido sino en todo el mundo.

dentro de dicho margen. ¿Podría admitirse en el caso Evans la excepción de “carecer de alternativas para convertirse en padre o madre biológicos” a la que se refieren los Tribunales de los citados casos Davis y Nachmani?

Entedemos que en el presente caso el Tribunal hubiera debido ponderar frente al derecho del varón a no ser forzado a procrear circunstancias tales como que la demandante no tenía hijos propios, así como el hecho de que los embriones disputados representaran su última oportunidad para tenerlos. Por otra parte, conceder a una de las partes el derecho a no ser forzado a procrear y a obtener la destrucción de los embriones sobrantes en nombre del interés público puede resultar arbitrario; la invocación de consideraciones de interés público debería comprender también el interés por resolver de forma justa los problemas suscitados por la falta de acuerdo de las parejas divorciadas que cuentan con embriones congelados. Es importante señalar, en contra de la opinión del Tribunal de Estrasburgo, que el método de la ponderación de intereses no atenta necesariamente contra la seguridad jurídica y que, en ocasiones, como por ejemplo en el caso Evans, hubiera sido una forma más válida de llegar a la justicia del caso concreto que la de declarar que los márgenes del artículo 8 admiten soluciones contradictorias. Téngase en cuenta además que el llamado “derecho a no ser forzado a convertirse en padre” se traduce finalmente en determinados supuestos en un derecho de veto absoluto –y quizá incluso en un instrumento útil para obtener mejores condiciones en el acuerdo de divorcio– sobre el derecho de la otra parte a tener hijos.

VII. ¿PROCEDERÍA EN EL PRESENTE CASO EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS?

Las demandas que la sra. Evans interpuso ante los Tribunales de primera y segunda instancia insistían en el hecho de que el sr. Johnston estaba vinculado por la promesa de “no cambiar de opinión” con respecto a su autorización para que los embriones fueran transferidos a la sra. Evans en el futuro. A esta reclamación el Tribunal de Apelaciones objetó que “el sr. Johnston no podía prometer algo que la ley le impide hacer” (55). Es evidente que la sra. Evans no estaba interesada

(55) “Ms. Evans further claimed that Mr. Johnston, her former partner, was stopped from refusing to consent because of a promise he had given to her... But Mr. Johnston could not promise to do what the law forbids” *Evans v. Amicus Healthcare Ltd...* , [296]

en otra cosa que no fueran los propios embriones, de lo contrario, parece que podría haber insistido en la reclamación de daños por otra vía.

Cabría preguntarse si la petición de resarcimiento tendría visos de prosperar en el presente caso (56). En caso de que la demanda se hubiera sustanciado en España el planteamiento contractual quedaría posiblemente descartado tratándose de una promesa cuyo cumplimiento ha sido calificado como inexigible por la ley (y por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos). ¿Se darían, en cambio, los presupuestos de una obligación resarcitoria de carácter extracontractual?

En el presente caso, y dejando de lado las reflexiones hechas *de lege ferenda* a lo largo de este artículo sobre la admisibilidad del derecho a la revocación en determinados casos del consentimiento para la implantación, de acuerdo con el derecho positivo, estaríamos, en principio, ante un daño generado por el ejercicio legítimo de un derecho, cual es la revocación unilateral del acuerdo para proseguir con el tratamiento de fecundación y transferencia en cualquier momento anterior a la “aplicación” de las técnicas (artículo 11.6 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida) (57).

No obstante, interesa recordar que la propia ley de reproducción asistida ha creado una obligación resarcitoria *ex lege* aparejada al ejercicio legítimo del derecho fundamental a no ser forzado a procrear en el caso de los donantes de gametos (58). Obsérvese que la indemnización de los daños se exige en el supuesto de que la revocación se refiera a la implantación de los gametos en una tercera persona (a saber, gastos generados al centro por la evaluación, procesamiento y almacenamiento del material genético) pero no en la propia pareja (*v. gr.* gastos asumidos unilateralmente para someterse a la FIV, pérdida de oportunidad de procrear); sin que, por otra parte, esta obligación de reparar se considere atentatoria contra el ejercicio del derecho a procrear o a no procrear del donante.

(56) La figura procesal angloamericana del *stoppel* (que podríamos traducir de forma aproximada como doctrina de los actos propios) ha sido invocada en varios litigios sobre disposición de embriones. Véase al respecto J. ROBERTSON, “Resolving Disputes over Frozen Embryos.” *Hastings Cent. Rep.*, 4/1989: 7-12, y siguiendo a aquél, G. PENNING, “The validity of contracts to dispose of frozen embryos”, *J Med Ethics*, 28:295-298.

(57) Sobre la interpretación de dicho término véase en este mismo trabajo el epígrafe IV.3.

(58) Véanse, sobre esta cuestión, las consideraciones hechas más arriba en el punto IV.3 relativo al caso español.

Si un caso similar al Evans se sustanciara ante los Tribunales españoles cabe preguntarse si, a falta de una obligación legalmente establecida de indemnizar, se reconocería o no una obligación de reparar *ex* artículo 1902. Se trata de una cuestión compleja debido, entre otros extremos, a la dificultad de valorar si en el presente caso estamos o no ante un interés legítimo, jurídicamente protegible. Teniendo al mismo tiempo que valorar el juzgador si el reconocimiento del deber de reparar supondría o no un obstáculo al ejercicio legítimo de un derecho fundamental cual es el derecho a revocar el consentimiento previamente dado para procrear.

Valgan, por tanto, como primera aproximación y sin pretensión de dar por zanjada la cuestión, las ideas que a continuación se exponen.

En cuanto a la acción que se pretende juzgar, entedemos que el consentimiento del sr. Jhonston conllevaba un compromiso distinto al de aquél varón que simplemente accede a someterse a una FIV junto con su mujer y a criopreservar los embriones sobrantes para el futuro. De la relación de los hechos del caso se colige que el demandado prometió no revocar el consentimiento ante la circunstancia de que se trataba de la última oportunidad de procrear de la mujer que iba a perder su capacidad generante. De los hechos probados se desprende así mismo que ella confió en dicha promesa para poder recuperar sus gametos en el futuro. La confianza en la palabra dada por su entonces esposo constituye para la sra. Evans una condición indispensable para empezar el tratamiento. Téngase en cuenta que la sra. Evans indagó sobre medios alternativos de criopreservar sus gametos sin vincularlos a los del varón. Las preguntas que hizo a la enfermera en presencia de su marido dan a entender que si hubiera albergado dudas sobre la firmeza del compromiso de aquél se hubiera planteado la posibilidad de crioconservar parte de sus óvulos o hubiera empleado los gametos de un donante; pero el demandado insistió en que su voluntad era firme e inamovible. Existiría por tanto una relación de causa efecto entre la promesa hecha por el demandado y la decisión tomada por la señora Evans, que acarrió finalmente la pérdida de su última oportunidad de engendrar.

Estamos por tanto a nuestro entender no ante un mero consentimiento de cuya revocabilidad legalmente reconocida la sra. Evans es consciente, sino ante una promesa añadida a dicho consentimiento que generó confianza razonable en su cumplimiento.

Por otra parte, entendemos que se trata de un comportamiento culpable. Recuérdese que, en lo que hace a la culpa, el que no se esté obligado a cumplir una promesa (v.gr. promesa de matrimonio) no quiere decir que el incumplimiento permitido no pueda ser culpable. Precisa-

mente y tal como hemos defendido más arriba, es demostrable que el sr. Johnston actuó negligentemente al crear una confianza indebida en su esposa sobre la consistencia de sus intenciones. Culpable es también, por referencia al parámetro establecido en el artículo 1104 del Código Civil, quien no prevé un daño previsible o no evita un daño evitable. La falta de diligencia no radicaría aquí en la mera revocación o incumplimiento sino en permitir que la sra. Evans tomara acciones comprometiéndose su fertilidad futura al vincular la suerte de sus últimos óvulos a los del varón promitente.

En cuanto a los daños resarcibles, entendemos que la sra. Evans podría reclamar los gastos en los que pudo incurrir por su cuenta confiando en la promesa de su marido de que iba a permitirle gestar los mismos (*v. gr.* gastos de estimulación ovárica y punción, fecundación *in vitro* y crioconservación de los embriones). Los daños morales que cabría reclamar son quizá los relativos a la pérdida de oportunidad de procrear en general (con la dificultad que su valoración pecuniaria entraña), ya que en este caso la imputabilidad se limita a la confianza generada en la otra parte sobre la empleabilidad de los embriones depositados, pero no se extendería a la frustración del proyecto parental común, del cual el sr. Johnston podía desistir una vez reconocido legalmente su derecho a no ser convertido en padre a la fuerza.

VIII. CONCLUSIONES

El derecho internacional vigente (no así los derechos nacionales que no han regulado este derecho) ofrece una protección amplia al ejercicio individual del derecho a decidir sobre la procreación propia. Con todo, la medicina reproductiva, que no sólo desliga la procreación de la sexualidad sino que además permite conservar durante largo tiempo los gametos masculinos así como los embriones humanos fuera del cuerpo, ha planteado nuevos retos a la definición del derecho a la libertad reproductiva. La compartimentalización de la procreación humana a través de las técnicas de reproducción asistida ha marcado una tendencia hacia la contractualización de los derechos reproductivos, más acusada quizá en los Estados Unidos que en Europa, donde estas técnicas están más reguladas.

La mayoría de las leyes europeas ha entendido que el consentimiento informado que las parejas firman ante las clínicas para decidir sobre el destino futuro de los embriones crioconservados es esencialmente re-

vocable. Esta solución, que puede en un principio parecer justa y equilibrada, además de conforme con la interpretación más avanzada del derecho a la autodeterminación procreativa reconocida en el CEDAW, plantea, no obstante, interrogantes importantes.

En la mayoría de los casos analizados se observa que la revocación del consentimiento se ha convertido en un derecho de veto por parte del varón a la implantación de los embriones solicitada por la mujer. El propio Tribunal de Estrasburgo a pesar de desestimar la demanda de una ciudadana británica solicitando autorización para recuperar los embriones, pone de relieve que el reconocimiento de un derecho absoluto del varón a oponerse a la gestación no es la única solución que cabe dentro de los límites del Convenio; dando a entender con ello que, sin rebasar los márgenes del mismo, caben otras soluciones en las que se establezcan excepciones a la regla de la revocabilidad.

Tras un detallado análisis de los argumentos aportados por la jurisprudencia americana e israelí en reclamaciones relativas a la “custodia de embriones” puede afirmarse que hay base jurídica para defender el derecho a gestar los embriones en los casos en que la parte que los reclama no tenga otra forma alternativa de tener hijos biológicos. Esta excepción al principio general de revocabilidad del consentimiento dado para la transferencia de embriones admitida en la sentencia *Davis* y también en el caso *Nachmani* se sustenta en la ponderación de intereses de las partes contendientes y ha sido reivindicada por los votos disidentes de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso *Evans*.

Finalmente, el reconocimiento necesario del derecho preferente a no ser forzado a procrear, no impide que en determinados casos la parte dañada por la revocación del consentimiento pueda reclamar una reparación de los perjuicios en base, en el caso español, en la responsabilidad extracontractual generada por la promesa de no revocar.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA, I. (2003), *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Aranzadi, Pamplona, pp. 291 y ss.

ANNAS, G. J. (2000) “Ulysses and the fate of frozen embryos-reproduction, research or destruction?” 43 *New England Journal of Medicine* 373-376.

ANNAS, G.J. (1998) “The shadowlands – secrets, lies, and assisted reproduction”. 339N. *Engl. J. Med.*, 335–939.

BALDINI, G. (1999), *Technologie Riproduttive e Problemi Giuridici*, Giappichelli Editore, Torino, p. 17.

- CASONATO, C. (2005) "Legge 40 e principio di non contraddizione", in Camassa y Casonato (eds.), *La Procreazione Medicalmente Assisita: Ombre e Luci*, Università degli Studio di Trento, p. 24.
- CEDAW (1979) A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46 (entrada en vigor 3 de septiembre de 1981)
- CHARO, A. (2000) "Fifteenth Anniversary Celebration: And Baby Makes Three-Or Four, or Five, or Six: Redefining the Family after he Reprotech Revolution", 15 *Wis. Women's L.J.* 23
- COLKER, R. (1996) "Pregnant men revisited". 47 *Hastings Law J.* 1063-1080
- COOK, R. y DICKENS, B.M. (2003) "Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform", 25 *Human Rights Quarterly* 34.
- COUNCIL OF EUROPE (1991), *Progress of Medicine, Biology and Respect for Private and Family Life*, Council of Europe Press, Strasbourg, Doc. DH-DEV (91)
- DEECH, R. (2000) "The Legal Regulation of Infertility Treatment in Britain", in Sanford, Katz et al. (eds.), *Cross Currents*, London, 165-175.
- DICKENSON, D. (2001) 'Property and Women's Alienation from Their Own Reproductive Labour', 15 *Bioethics* 205-217.
- ERIKSSON, E.M. (2000), *Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights and Humanitarian Laws*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, p. 174.
- Evans v. Amicus Healthcare Ltd. And Johnston* (2003) 4 All E.R. 903
- FUSCALDO, G. (2000) "Gamete donation: when does consent become irrevocable?" 15 *Human Reproduction*, 515-519
- GOMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994) *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, p. 94.
- KATZ, D.A. (1998) "My egg, your sperm, whose preembryo? A proposal for deciding which party receives custody of the frozen preembryos", 5 *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 623-674.
- MASON, J.K. (1998) *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood*, London, 219
- MEDENWALD, J.L.A. (2001) "Frozen Exception" for the Frozen Embryo: The Davis "Reasonable Alternatives Exception", 76 *Indiana Law Journal* 507.
- MEDINA, C. (1994) "Toward a More Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter-American System", in R.J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, pp. 257-284.
- NADDEO, F. (2004) "Accesso alle tecniche", in P. STANZIONE, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milán, pp. 57 y ss.
- PACKER, C. (1998) "Defining and Delimiting Right to Reproductive Choice", 67 *Nordic Journal of International Law*, 80.
- PENNINGS, G. (2000) "What are the ownership rights for gametes and embryos? Advance directives and the disposition of cryopreserved gametes and embryos", 15 *Human Reproduction*, 979-986;

PENNINGS, G. (2003), "The validity of contracts to dispose of frozen embryos", 28*J Med Ethics*, 295-298.

PETCHESKY, R.P. y WEINER, J.A. (1990), *Global Feminist Perspectives on Reproductive Rights and Reproductive Health*, Hunter College, Women's Studies Program, City University of New York, p. 2.

RAYMOND, J.G. (1993) *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, Harper Collins Publishers, San Francisco, p. 189.

ROBERTSON, J. (1989), "Resolving disputes over frozen embryos", 19*Hastings Center Report* 7-12.

ROBERTSON, J. (1990a) "Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos", 51*Ohio St. L.J.*407

ROBERTSON, J. (1990b) "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos", 76 *Va. L. Rev.* 437-458

ROBERTSON, J. (1989) "Resolving Disputes over Frozen Embryos" 4 *Hastings Cent. Rep* 7.

SCHEININ, M. (1998) "Sexual Rights as Human Rights- Protected under Existing Human Rights Treaties?" 67 *Nordic Journal of International Law*, 21.

SCULLY-HILL, A. (2004) "Consent, Frozen Embryos, Procreative Choice and the Ideal Family", 67 *Cambridge Law Journal* 48.

SHAPO, H.S. (2000) "Frozen Pre-Embryos And The Right To Change One's Mind", 12*Duke Journal of Comparative & International Law*, 82.

WEIL, P. (1996) "Towards Relative Normativity in International Law", 77 *AJIL* 414.