

Comentari jurisprudencial

## **LA CUSTODIA DE EMBRIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. A PROPÓSITO DEL CASO EVANS CONTRA EL REINO UNIDO**

Eleonora Lamm\*

### **Sumario**

1. Introducción
2. El caso Evans *vs.* Reino Unido
  - 2.1. Hechos principales
  - 2.2. Demanda ante el TEDH
3. Los intereses en conflicto
4. Análisis de las distintas soluciones posibles y sus consecuencias
  - 4.1. Imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación
  - 4.2. Permitir la implantación, como excepción, en tanto ésta representa la última posibilidad de tener un hijo genético
    - 4.2.1. Recepción jurisprudencial
      - 4.2.1.1. Davis *vs.* Davis
      - 4.2.1.2. Nachmani *vs.* Nachmani

---

\* Eleonora Lamm, licenciada en derecho por la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Máster en derecho de familia por la Universidad de Barcelona. Actualmente cursa el máster en bioética y derecho de la Universidad de Barcelona y el doctorado en derecho civil de la Universidad de Barcelona. Becaria de colaboración del Observatori de Bioètica i Dret, Parc Científic, Universitat de Barcelona, c/ Baldiri Reixac, 4-6 Torre D, 4º - 08028 Barcelona. Correo electrónico: elelamm@gmail.com.

Artículo recibido el 21.2.2008.

- 4.3. Paternidad sin consecuencias jurídicas. Permitir la implantación y consecuentemente posibilitar la maternidad, pero sin consecuencias jurídicas respecto del «padre»
- 4.4. La imposibilidad de permitir la implantación sobre la base de lo previsto por la ley aplicable. La solución adoptada por el tribunal
5. A modo de conclusión

## 1. Introducción

El derecho condiciona, determina y perfila los caminos a seguir en el ámbito de la bioética y, si bien la legislación es fundamental en este proceso, también conviene resaltar y reconocer que en una gran medida la bioética se ha desarrollado siguiendo el impulso de decisiones judiciales. Los tribunales, con sus sentencias, no sólo han permitido resolver casos concretos para los que no existía solución legal –permitiendo perfilar y anticipar, y así condicionar, el contenido de las futuras leyes que al sancionarse se verían influenciadas por lo ya resuelto– sino también, en los supuestos en los que sí hay legislación vigente, han interpretado su alcance y viabilidad, permitiendo clarificar su aplicación en los casos concretos y resolviendo los problemas que generaba su aplicación práctica.

Los grandes casos de la bioética han resultado ser «casos difíciles» paradigmáticos en los que los conflictos de valores y de derechos implicados debían ponderarse de manera novedosa.

Ejemplos internacionalmente relevantes son los casos «Quinlan» (Matter of Quinlan 70 N.J. 10 (1976) Supreme Court of New Jersey); «Cruzan» (Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health, (88-1503), 497 U.S. 261 (1990)); «Bland» (Airdale N.H.I. Trust vs. Bland (C.A.)); el caso «Gillick vs. West Norfolk and Wisbech» (Area Health Authority [1985] 3 All ER 402 (HL)); «Roe vs. Wade», (410 U.S. 113 (1973) U.S. Supreme Court); «Davis vs. Davis» (Estados Unidos, 842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992); «Paton vs. Reino Unido» de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1980; «Pretty vs. Reino Unido» (2346/02) resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 29 de abril de 2002; «Odièvre vs. Francia» del TEDH (application number 42326/98), de 13 de febrero de 2003; «Glass vs. Reino Unido» del TEDH, de 9 de abril de 2004, (application number 61827/00); «Vo vs. Francia» del TEDH (application number 53927/00), de 8 de julio de 2007. En España las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el aborto (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril), la Ley de reproducción asistida (Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999) o la Ley de donación de embriones y fetos (Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre).

Efectuar un análisis de las numerosísimas sentencias relevantes en la amplísima temática bioética resulta una tarea prácticamente imposible. Por ello en este trabajo he optado por analizar detalladamente, a modo de ejemplo, uno de

ellos: la sentencia *Evans vs. Reino Unido* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que resulta especialmente significativo por su novedad y su naturaleza conflictiva y paradigmática.

La trascendencia e importancia de esta sentencia emanan, por un lado, de la temática y materia discutida –dado que es el primer caso resuelto por el TEDH en el que se plantea el destino de los embriones sobrantes– y, por otro, de la actualidad de la decisión. Además, lo resuelto en esta sentencia también es importante porque, como veremos después, de haberse planteado la situación en España, luego de la reforma de 2006 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRA), la respuesta –por el razonamiento efectuado por el tribunal y los fundamentos brindados– hubiera sido prácticamente idéntica.

## 2. El caso *Evans* contra el Reino Unido

El TEDH se pronunció en Sentencia de 7 de marzo de 2006, que luego fue confirmada por la gran sala del TEDH en Sentencia de 10 de abril de 2007.

### 2.1. Hechos principales

El 12 de julio de 2000, la demandante Natalie Evans y su compañero, J., iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida. El 10 de octubre de 2000 fueron informados de que las pruebas preliminares habían revelado en la joven graves tumores precancerosos en ambos ovarios y que debía someterse a una ovariectomía bilateral. Sin embargo, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación *in vitro* (FIV), aunque la obtención debía efectuarse cuanto antes. Se les explicó que debían firmar cada uno un formulario para expresar su consentimiento en el tratamiento por FIV y que, conforme a las disposiciones de la Ley de 1990 de fecundación y embriología humanas («la Ley de 1990»), cada uno de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Durante la reunión, la Sra. Evans consultó acerca de la posibilidad de congelar sus óvulos no fecundados pero se le respondió que la clínica no practicaba esta técnica, que se caracterizaba por un índice de éxito menos elevado. En ese momento, J. tranquilizó a la demandante diciéndole que

no tenía necesidad de prever la congelación de sus óvulos, que quería ser el padre del niño que trajese al mundo. Posteriormente, la pareja dio los consentimientos necesarios firmando los formularios. El 12 de noviembre de 2001 la pareja acudió a la clínica; se obtuvieron y fecundaron once óvulos, de los que se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de noviembre la demandante sufrió la ablación de sus dos ovarios, debiendo, como consecuencia, esperar dos años antes de tratar de implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002 finalizó la relación entre la demandante y J., quien notificó a la clínica la separación y pidió la destrucción de los embriones. La clínica informó a la demandante sobre su obligación legal de destruir los embriones, ante la retirada del consentimiento de J. Ante esta situación, la demandante entabló un procedimiento ante el High Court procurando, entre otras cosas, *una* prescripción para requerir que J. restaurare su consentimiento. Su demanda fue rechazada el 1 de octubre de 2003, por lo que apeló. El 1 de octubre de 2004, el tribunal de apelación mantuvo el juicio del tribunal superior. Agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante el TEDH.

## 2.2. Demanda ante el TEDH

### a) Violación del art. 2

La demandante sostiene que las disposiciones de la ley británica, que imponen la destrucción de los embriones tras la revocación del consentimiento dado por J. a la conservación de éstos, constituyen una violación a su derecho a la vida e implican por ello la violación del art. 2 del Convenio.

El Tribunal consideró que, a falta de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los estados. En este sentido la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalerse – por persona interpuesta– del derecho a la vida garantizado por el art. 2. Encontró, por tanto, que no había habido violación del artículo 2.<sup>1</sup>

---

1. Para un mejor entendimiento de lo resuelto por el tribunal en este punto, merece la pena realizar aquí una breve referencia al estatuto jurídico del embrión.

## b) Violación del art. 8

Considera la demandante que las disposiciones del anexo 3 de la Ley de 1990, según las cuales, con posterioridad a la fecundación de sus óvulos con el esperma de J., éste podría retractarse válidamente de su compromiso, violan su derecho al respeto de su vida privada y familiar. El tribunal rechaza la existencia de tal violación basándose en los siguientes argumentos:

A) Admite que J. actuó de buena fe cuando aceptó prestarse a un tratamiento de FIV con la demandante y que se decidió a ello porque pensaba que su relación con ella iba a durar.

B) No existe un consenso internacional sobre la reglamentación de los tratamientos por FIV y la utilización de los embriones que del mismo se obtienen. Algunos estados se han dotado de una legislación específica mientras que otros no han legislado en la materia o lo han hecho sólo parcialmente, prefiriendo remitirse a los principios generales del derecho o a las normas deontológicas. Para el tribunal las cuestiones planteadas en este caso se refieren a ámbitos en los que no existe una clara concordancia de opiniones entre los estados miembros, por lo que considera que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación.

C) En virtud del anexo 3 de la Ley de 1990, todas las clínicas que proponen tratamiento por FIV tienen la obligación legal de precisar a las personas que se someten a este proceso que cada uno de los donantes de gametos es libre de poner fin al mismo en cualquier momento antes de la implantación de los embriones. Para garantizar que los interesados han conocido esta información y la han comprendi-

---

Son muchos los planteamientos y discusiones que se generan en torno al estatuto jurídico del embrión. Cada legislación en la materia adopta su criterio, conforme a su propio margen de apreciación, otorgándole la tutela que considera apropiada. Sin embargo, a escala internacional hay consenso en lo que respecta a no considerarlo persona. Creo que es conveniente plantear y resaltar las diferencias que obligan a dar al embrión y al preembrión diferente tratamiento y protección.

Si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de los dos gametos, la información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad madre-embrión la que posibilita el desarrollo del embrión. El embrión fertilizado *in vitro* (FIV) necesita ser implantado en el útero materno para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado en el útero materno. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en el útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano. Si bien la implantación es condición necesaria para el desarrollo de un ser humano, está en discusión si se trata de una condición suficiente. De esta manera, el preembrión carece de esta potencialidad, de la que sí goza el embrión ya implantado.

Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996 y 116/1999.

do, la Ley les impone firmar un formulario en el que figuran los diversos compromisos que declaran suscribir. En este caso, cada uno de ellos fue informado de la posibilidad que se les ofrecía de retirar su consentimiento en todo momento hasta la implantación de los embriones concebidos mediante este procedimiento.

D) El Tribunal no considera que la ausencia de una disposición que permita no tener en cuenta la revocación del consentimiento de un padre biológico, incluso en las circunstancias excepcionales de la causa, rompa el equilibrio justo que exige el artículo 8. Señala que la situación personal de las partes ha cambiado desde el inicio del tratamiento e, incluso en este caso, sería difícil para un tribunal pronunciarse sobre la cuestión de si la retractación de J. tendría para la interesada unos efectos más importantes que los que resultarían para J. de la nulidad de la retractación en cuestión.

### c) Violación del art. 14

En opinión de la demandante, una mujer apta para procrear sin asistencia médica puede escoger con toda libertad el destino que quiere preservar a sus óvulos fecundados. Tras la fecundación esta mujer sería totalmente dueña del destino del embrión. Por el contrario, y al igual que todas las mujeres que recurren a la FIV, ella se encontraría a merced del donante de espermatozoides, al que la Ley de 1990 le confiere el poder de oponerse a que se haga implantar un embrión.<sup>2</sup>

El tribunal considera que las razones dadas para encontrar que no había violación del art. 8 constituyen también una justificación razonable y objetiva a efectos del art. 14. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que no había existido violación del artículo 14.

## 3. Los intereses en conflicto

La lectura y análisis del caso Evans generan numerosos interrogantes y reflexiones. Se trata, sin duda, de una situación especialmente conflictiva por la impor-

---

2. En este punto interesa destacar lo dicho por la defensa del Gobierno, que sostiene que la Ley de 1990 no establece ninguna discriminación entre las mujeres que tienen hijos de forma natural y las que recurren a FIV, ya que la *implantación* del embrión concebido por este procedimiento equivale a la *fecundación* del óvulo que se produce en el útero tras una relación sexual.

tancia de los derechos en juego y la relevancia de los intereses opuestos, en el que la decisión adoptada no era, estrictamente, la única posible.

Así, podemos cuestionarnos qué hubiera pasado si la ley británica previera la posibilidad de revocar el consentimiento sólo hasta el momento de la fecundación, como sucede en la ley italiana. ¿Acaso no hubiera sido posible considerar, a efectos de resolver, la especial situación en la que se encuentra la Sra. Evans, en cuanto a que los embriones representaban su última oportunidad para tener un hijo genético? O incluso podemos pensar si no era posible que se admitiera la implantación, sin que el Sr. Jonsthorpe tenga relación jurídica alguna con el nacido, es decir, que se permita la implantación, estableciendo la relación jurídica de filiación únicamente con la Sra. Evans.

Considero que para un mejor entendimiento y comprensión del fallo y de los derechos en juego corresponde efectuar un análisis y desarrollo de los interrogantes antes planteados. De esta manera, a continuación procuraré analizar y explicar las consecuencias de:

1. La imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación. Solución adoptada por la ley italiana.
2. La posibilidad de permitir la implantación teniendo en cuenta la especial situación de la Sra. Evans, en cuanto esta representa su última oportunidad de tener un hijo genético.
3. La posibilidad de permitir la implantación, estableciendo una paternidad sin consecuencias jurídicas.
4. La imposibilidad de permitir la implantación sobre la base de lo previsto por la ley aplicable. Esta es la solución adoptada por el tribunal.

#### **4. Análisis de las distintas soluciones posibles y sus consecuencias**

##### **4.1. Imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación**

Esta es la postura admitida en la Ley italiana 40/2004, de 19 de febrero, cuyo artículo 6.<sup>3</sup> impide revocar el consentimiento una vez fertilizado el óvulo, confiando esta protección basándose en el derecho del embrión a la vida.

---

3. Art. 6.3: «*La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo moda-*

¿Es ésta una solución equitativa? Conforme a la Ley, con posterioridad a la fecundación, el hombre no puede revocar su consentimiento y, aunque quisiera hacerlo, su revocación no tendría relevancia. La mujer podría implantarse el preembrión, no obstante el cambio en su voluntad. Ahora bien, si con posterioridad a la fecundación es la mujer quien se retracta, en este supuesto la revocación del consentimiento por parte de la mujer sí tiene consecuencias, dado que pretender implantar el preembrión en contra de su voluntad sería un atentado contra su integridad física. La implantación forzada, prevista de alguna manera por la norma al no permitir la revocación ni darle relevancia, atenta contra el derecho fundamental de la mujer a que se respete su libertad de disponer de su propio cuerpo, sin perjuicio de que también implica un atentado al principio de autonomía del paciente.

De ello resulta que, si la mujer revoca su consentimiento, el hombre no podría forzarla a la implantación (por implicar la implantación forzada un atentado contra los derechos mencionados), por lo que la imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación es una regla que sólo tendría aplicación para el hombre, pero no para la mujer.

En el mismo sentido, Mónica Navarro sostiene que «resulta absolutamente desafortunada la elección de este momento por las consecuencias que se derivarían de producirse un cambio en la situación de la pareja. Si el hombre revoca su consentimiento<sup>4</sup> no se tendría en cuenta esa revocación, pero ¿y si es la mujer la que retira su consentimiento? No conceder valor a esa revocación, unido al hecho de que la legislación italiana, por un lado, obliga a tener en cuenta los derechos del embrión (art. 1)<sup>5</sup> y, por otro, prohíbe la conservación o destrucción de los embriones (art. 14.1), llevan a la conclusión de que sólo cabe la implantación forzosa. Aunque los tribunales han reconocido la existencia, por

---

*lità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».*

4. Téngase en cuenta que en Italia sólo pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida las parejas (casadas o no) heterosexuales, en edad potencialmente fértil y vivas (art. 5).

5. Gazzoni, «Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale», en [http://www.judicium.it/news/ins\\_31\\_03\\_05/Gazzoni%20dir.%20civ..html](http://www.judicium.it/news/ins_31_03_05/Gazzoni%20dir.%20civ..html), intenta salvar este art. 1 diciendo que no es más que una declaración de principios, sin ningún efecto vincu-

parte de los médicos, de la obligación de implantar todo embrión, también han admitido que no es exigible en ningún caso.<sup>6</sup> No deja de llevar a una cierta absurdidad legal que debería ser eliminada».<sup>7,8</sup>

#### 4.2. Permitir la implantación, como excepción, en tanto ésta representa la última posibilidad de tener un hijo genético

Según esta solución el interés de no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético.

Ésta es precisamente la situación que se presenta en el caso que analizamos, y la tesis propiciada por el voto disidente que considera que el Tribunal concede demasiada importancia a consideraciones de orden público así como al margen de apreciación del Estado, y que no tiene suficientemente en cuenta la naturaleza de los derechos individuales que se oponen en este caso. En su opinión, el Tri-

---

lante, meras palabras muertas. Citado por Navarro Michel, Mónica, «Crisis de familia y embriones», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2008 (pendiente de publicación).

6. La sentencia del Tribunal de Catania 3 de mayo de 2004 declaró que existe una obligación legal clara a la implantación de todo embrión (enfermo o sano) pero que no es una obligación exigible. Se trataba de una pareja que quiso poner fin al proceso de FIV tras descubrir que el embrión estaba afectado de betatalasemia. La incongruencia legal que pone de manifiesto esta sentencia, entre otras, fue salvada mediante el Decreto de 21 de julio de 2004, que permite el abandono de los embriones por acuerdo mutuo de la pareja. Para conocer las dudas de legalidad de este Decreto, véase Gazzoni, cit., y Veronesi, «Le «linee guida» in material di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte», en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); Navarro Michel, Mónica, «Crisis de familia y embriones», cit.

7. Dar prioridad a los derechos del embrión frente a los de la mujer, convertida así en un mero receptáculo o recipiente del embrión, incluso en contra de su voluntad, resulta aberrante. Por otra parte, existe cierta incongruencia con la legislación sobre el aborto (*Ley 194/1978*), pues el embrión debe ser implantado para después ser abortado (en los supuestos legales). No resulta de ningún modo admisible esta «pesadilla jurídica», como la califican Benagiano y Gianaroli, «The New Italian IVF Legislation», *Reproductive BioMedicine Online*, núm. 2, vol. 9 (2004), p. 118, disponible en <http://www.rbmonline.com/Article//1376>. Es «absurdo», dice Musio, en P. Stanzione y G. Sciancalepore (ed.), *Procreazione Assistita*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 241. Para más incongruencias científicas, ver Fineschi, Neri y Turillazzi, «The new Italian law on assisted reproduction technology», *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 536-539. Para conocer el debate parlamentario que llevó a la aprobación de la ley, ver Fenton, «Catholic Doctrine versus Women's Rights: the New Italian Law on Assisted Reproduction», *Medical Law Review*, 14 (2006), p. 73-107. Navarro Michel, Mónica, «Crisis de familia y embriones», cit.

8. Navarro Michel, Mónica, «Crisis de familia y embriones», cit.

bunal debería considerar que la situación excepcional de la demandante, que no posee otro medio de concebir un hijo biológico, merece un examen más profundo por parte de las autoridades internas y que éstas, atendiendo a las circunstancias concretas de la causa, tienen la obligación de proteger el derecho de la interesada a procrear. En este caso, prohibir la implantación de los embriones no constituye una mera restricción al derecho de la demandante a tener un hijo de su sangre, sino que equivale a suprimirlo totalmente. Así, convendría en su opinión adoptar el siguiente enfoque: los intereses de la parte que revoca su consentimiento y desea que los embriones sean destruidos deben primar (si la legislación interna lo prevé), salvo si la otra parte: *a*) carece de otro medio de concebir un hijo biológico; *b*) no tiene hijos; y *c*) no manifiesta la intención de hacer que una madre portadora tome parte en el proceso de implantación.

#### 4.2.1. Recepción jurisprudencial

Sin perjuicio de la gran cantidad de casos sobre la materia, analizaré dos de ellos, cuya importancia se ve reflejada en que, no obstante tratarse de supuestos distintos, los pronunciamientos concuerdan con la tesis analizada en este apartado, es decir, en que el interés de no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético.

##### 4.2.1.1. *Davis vs. Davis*<sup>9</sup>

El caso tiene como base una demanda de divorcio. Junior Levis Davis y Mary Sue Davis habían seguido un procedimiento de fertilización *in vitro* por el que se crearon siete embriones, que en el momento del divorcio estaban criopreservados, no habiendo llegado a un acuerdo sobre la «custodia» de esos embriones.

En un primer momento Mary Sue Davis pidió el control de los embriones congelados con la intención de quedarse embarazada. Su marido se opuso, alegando que prefería mantener el estado de congelación porque no quería convertirse en padre fuera del matrimonio.

---

9. 842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992.

La primera decisión del juez se basó en la consideración de que los embriones eran seres humanos desde el momento de la fertilización y por ello otorgó la custodia de los mismos a M. Sue Davis e indicó que se le permitiera la implantación. El tribunal de apelación revocó la anterior decisión, considerando que Junior Davis era titular de un derecho constitucionalmente protegido de no ser padre de un hijo cuyo embarazo no había tenido lugar y entendió que el Estado no tenía ningún interés en ordenar la implantación de los embriones contra la voluntad de cualquiera de las partes. M. Sue Davis pidió que se revisara esta decisión, por el Tribunal Supremo de Tennessee.

Entretanto, la situación de las partes había cambiado: ambos habían vuelto a casarse. M. Sue Davis ya no deseaba utilizar los embriones para ella misma, sino donarlos a una pareja sin hijos. J. Davis prefería la destrucción de los embriones congelados.<sup>10</sup>

El caso fue resuelto por el Tribunal Supremo de Tennessee en el año 1992, que estableció que las disputas sobre el empleo de los embriones debían resolverse:

1. Teniendo en cuenta las preferencias de los progenitores.
2. Si no hay acuerdo entre ellos, entonces debe considerarse lo previamente decidido por ambos.
3. Y, faltando el acuerdo previo, habrá que valorar los intereses de cada parte en el empleo de los embriones. Normalmente, el interés de la parte que desea evitar la procreación debería prevalecer, siempre que la otra parte ostente una posibilidad razonable de llegar a la paternidad por medios distintos de los del uso de los preembriones en cuestión. Si no existe otra alternativa razonable, entonces debería considerarse el argumento favorable del uso de los preembriones para conseguir el embarazo.

---

10. Como señala Encarna Roca i Trias, en este caso la cuestión se centra en dos aspectos del derecho a la procreación: el derecho a procrear y el derecho a evitar la procreación. Con relación a Junior Davis, las consecuencias son obvias: cualquier disposición que provocara la gestación de los embriones le impondría una paternidad no querida, con las previsibles consecuencias económicas y psicológicas. Con respecto a M. Sue Davis, que desea donar los embriones a una pareja sin hijos, el rechazo de esta solución le impondría la carga de saber que había sido inútil el pesado proceso de FIV y que los embriones nunca serían personas.

#### 4.2.1.2. Nachmani vs. Nachmani<sup>11</sup>

Se trata de una pareja israelí sin hijos que había decidido someterse a un tratamiento por FIV con los últimos óvulos de la mujer para, una vez generados los preembriones, recurrir a una madre portadora en California, ya que la mujer no estaba en condiciones de llevar a término el embarazo.

La pareja había firmado un acuerdo con la futura madre portadora; en cambio, no había concluido con la clínica que practicaría la FIV ningún acuerdo que fijase el destino de los embriones en caso de separación. La pareja se separó antes de la implantación de los embriones en el útero de la madre portadora, y el marido –quien, entre tanto, había tenido hijos con otra mujer– se opuso a la utilización de los embriones.

El Tribunal de distrito resolvió a favor de la mujer, considerando que el marido no podía retirar su consentimiento a tener un hijo, de igual forma que un hombre que fecunda el óvulo de su mujer en un intercambio sexual. La Corte Suprema anuló esta resolución invocando el derecho fundamental del hombre a no ser obligado a ser padre. El asunto fue juzgado nuevamente por la Corte Suprema que se pronunció a favor de la mujer por siete votos contra cuatro. Los jueces mayoritarios consideraron que los intereses de la mujer prevalecían sobre los del hombre, concretamente porque había sido privada de toda posibilidad de tener un hijo biológico. Para la minoría, la mujer sabía que se requeriría el consentimiento de su marido en cada etapa del tratamiento y que su acuerdo ya no podía aplicarse tras su separación. El cuarto de los jueces minoritarios estimó que había que obtener el consentimiento del hombre antes de poder imponerle la obligación de ser padre.

De esta manera, como en la doctrina sentada en el caso Davis, se resolvió a favor de la mujer teniendo en cuenta que ésta carece de otras alternativas razonables para procrear.

---

11. 50(4) P.D. 661 (Isr).

### 4.3. Paternidad sin consecuencias jurídicas. Permitir la implantación y consecuentemente posibilitar la maternidad, pero sin consecuencias jurídicas respecto del «padre»

Cuando la procreación es por naturaleza, los dos elementos existentes en las relaciones de filiación –el volitivo y el genético– coinciden, en general,<sup>12</sup> en una misma persona. Ahora bien, cuando se recurre a la procreación mediante técnicas de reproducción asistida (TRA), puede que esto no suceda, que los dos elementos no se reúnan en una misma persona.

La fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas provocan la disociación del elemento genético y del elemento biológico en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilita que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores que a la sazón no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función).<sup>13</sup>

Conforme a lo dicho, esta solución se plantea a partir de que el uso de las TRA permite un desdoblamiento en la paternidad: así, por un lado nos encontramos con la paternidad social o jurídica (aquel que aporta el elemento volitivo y desarrolla el rol social de padre) y la paternidad genética (aquel que aporta el elemento genético), lo que a su vez ha conducido a efectuar una distinción entre «padres» y «progenitores».<sup>14</sup> En estos casos, y conforme al principio de verdad formal, el rol jurídicamente relevante es el de padre, y no el de progenitor. Es decir, cuando el elemento volitivo y el elemento genético no coinciden en una misma persona la paternidad debe determinarse por el elemento volitivo.

Así, la aparición de las técnicas de reproducción asistida nos lleva a revisar la preeminencia del principio de veracidad, buscando en el consentimiento como forma de asunción libre de las consecuencias de la misma su fundamen-

---

12. Digo en general porque pueden presentarse casos en los que no es así. Piénsese, por ejemplo, en una paternidad establecida conforme a una presunción legal y no impugnada.

13. Lledó Yagüe, F. *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988.

14. «Padre» es aquel que, *ex voluntate*, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta; mientras que «progenitor» es aquel otro que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).

tal punto de apoyo: es el llamado «principio del consentimiento» (frente al de veracidad).

Es el elemento volitivo el que, en tanto causa eficiente del nacimiento, genera el vínculo paterno-filial en este caso.<sup>15</sup>

Entonces, si en estos supuestos la paternidad se determina por el elemento volitivo, ¿no podría pensarse que faltando este consentimiento pueda no haber consecuencias jurídicas?<sup>16</sup>

En este sentido Mónica Navarro señala: «La madre que tiene un hijo «por vía ordinaria» no puede deshacerse (legalmente) del padre alegando falta de necesidad económica. Establecida la relación parental, el hijo tendrá todos los beneficios derivados de esa situación legal (derecho de visitas, pensión de alimentos, derechos sucesorios y otros). Pero ¿y si se pudiese evitar establecer ese vínculo legal? El hombre que ha iniciado un proceso FIV con su pareja ¿podría después reclamar ser considerado, a efectos legales, mero donante de gametos? ¿Puede el padre desconocer su paternidad cuando ya no comparte el proyecto iniciado mediante TRA?»<sup>17</sup>

Entiendo que si la Ley de 1990 permite el uso de las técnicas de reproducción asistida con semen de donante y, por lo tanto, permite que se utilice el material genético de una persona sin crear con ella vínculos jurídicos de filiación, en este caso, en el que además se establece que el consentimiento se puede revocar hasta la implantación y, habiéndose revocado, no debería generar esos vínculos tampoco.

En los dos supuestos una persona aporta material genético, y en los dos casos se puede conocer su identidad (aunque no de igual modo).<sup>18</sup> Sin embargo,

---

15. Aparece con ello un nuevo concepto de filiación, una especie de *tertium genus*, distinto no ya sólo de la filiación por naturaleza sino también respecto de la por adopción, a la cual se aproxima (ambas son meras filiaciones formales, jurídicas) pero con la que no se confunde.

16. La figura, en este caso, se asemeja a la de un mero donante, pero justamente hablo sólo de asemejar, porque en estos casos no sólo se sabría concretamente quién es el padre genético sino que también éste sabría de la existencia concreta de un hijo suyo.

17. Navarro Michel, Mónica, «Crisis de familia y embriones», cit.

18. En el caso que nos ocupa se conocería desde su origen, o desde que la madre se disponga a que su hijo lo conozca; mientras que en el otro caso es en principio anónimo, aunque con las particularidades introducidas por las modificaciones realizadas en abril de 2005, según las cuales se mantiene el anonimato pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante a partir de los 18 años.

en el caso del donante no hay vínculos jurídicos de filiación, por lo que en el caso que nos ocupa, en el que se ha revocado el consentimiento, porque la ley así lo admite, debería no haberlos tampoco. Es contradictorio que la ley admita la figura del donante sin consecuencias jurídicas y que en este caso, en el que se revocó el consentimiento, se pretenda imponer una filiación, cuando la propia ley contempla la posibilidad de que ésta no exista en el caso del donante y además posibilita esa revocación.

Ahora bien, no obstante entender que de proceder o autorizarse la implantación, ésta no debería tener consecuencias jurídicas, considero que a priori la misma no debería autorizarse. Aquí no sólo están en juego los derechos del padre —o las no obligaciones de éste— sino también los derechos del futuro hijo.

Sin perjuicio de que la ley británica no permite expresamente la maternidad de mujer sola,<sup>19</sup> como sí lo hace la ley española,<sup>20</sup> creo que merece la pena destacar que no estamos ante tal supuesto, en el que, desde el comienzo, el proyecto es iniciado por una mujer sola. En el caso que nos ocupa hay una figura masculina, que en principio accedió y consintió y que luego, por las razones que sea, revocó esa voluntad. El proyecto fue iniciado en conjunto, y esa pluralidad, aunque no se quiera, se mantiene, dado el conocimiento que el futuro padre tendría de su paternidad y el posible conocimiento que el hijo tendría de quien sería su padre.

En la maternidad de mujer sola es la ley<sup>21</sup> la que hace recaer todas las responsabilidades respecto del niño en la madre, apoyándose en distintos fundamentos que la habilitan.<sup>22</sup> En este supuesto, en el que el proyecto fue iniciado de

---

19. Sección 13(5): «*A woman shall not be provided with treatment services unless account of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth.*»

20. Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 6: «*Usuarios de las técnicas.* 1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa».

21. En la exposición de motivos de la Ley, apartado III, se indica que ésta no puede impedir el derecho de la mujer a fundar, libre y responsablemente, su propia familia, aún en el caso de no poder acreditar la existencia de una pareja estable.

22. En apoyo a esta postura se suelen esgrimir los siguientes argumentos: el derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto; la asimilación con la adopción, donde la mujer sola puede adoptar; la remisión al art. 39 CE en el que se hace especial consideración de la maternidad; los valores humanos de libertad, igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad personal y familiar.

manera plural, la responsabilidad, por ley, recae en principio sobre esas dos personas que en un momento dado decidieron emprender esta maternidad y paternidad, y es la mujer y luego, en su caso, los tribunales quienes decidirían liberar al hombre de sus obligaciones que, en principio, tiene por ley, y entiendo que esta decisión va en detrimento de los derechos del nacido.

En otras palabras, de autorizarse la implantación, sería coherente, por los argumentos expresados, que ésta no tuviera consecuencias jurídicas, pero creo que no debería llegarse a ese extremo. Prever o autorizar a priori este tipo de paternidad se enfrenta con el interés superior del niño, dado que liberar de responsabilidad a aquél, que en un primer momento quiso esa paternidad y expresó su voluntad en ese sentido, conlleva efectuar distinciones que vulnerarían los derechos de los niños concebidos y nacidos por estas técnicas, ya que si el niño hubiera nacido por procreación natural tendría derecho a la «asistencia» del padre no obstante su falta de voluntad. Considero que en ningún caso las diferencias entre la procreación por naturaleza y la procreación mediante TRA pueden plantearse en detrimento del futuro niño.

#### 4.4. Impedir la implantación sobre la base de lo previsto por la ley aplicable

Esta es precisamente la solución que se adopta en el fallo analizado. Esta decisión se funda en la ley británica, que da preponderancia y se basa en el consentimiento previamente prestado y en la posibilidad de revocarlo hasta el momento de la implantación.

La Ley de 1990 tiene dos grandes objetivos: defender el interés del niño y no autorizar la implantación de embriones salvo si las dos personas que han donado los gametos han mantenido su consentimiento a lo largo de todo el proceso. Por lo tanto, para la Ley de 1990 el consentimiento es libremente revocable hasta el momento de la implantación.<sup>23</sup>

---

23. Conforme a lo dicho anteriormente, el Reino Unido no es el único estado –de los que han regulado la materia– que permite a quienes se someten a un tratamiento de FIV revocar su consentimiento para la utilización de los embriones hasta el momento previo a su implantación; y ello no excede el margen de apreciación de que dispone.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, también adopta esta solución o criterio.

Así, el art. 11.4 de la Ley 14/2006 establece que los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados son: *a)* Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; *b)* La donación con fines reproductivos; *c)* La donación con fines de investigación; *d)* El cese de su conservación sin otra utilización.

En el apartado 5 se establece que «la utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico criopreservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones»; previéndose en el apartado 6 que «el consentimiento para dar a los preembriones o gametos criopreservados cualquiera de los destinos citados *podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación*».<sup>24</sup>

De esta manera, se entiende que, al poder ser modificado en cualquier momento «anterior a su aplicación», éste puede ser revocado hasta el momento de su implantación o, dicho de otro modo, el consentimiento de ambos debe permanecer y ser constante hasta la transferencia del preembrión en el útero (implantación).

Conforme a todo lo expuesto y analizada la solución adoptada por la nueva Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, de plantearse una situación de este tipo en España la solución, aparentemente, sería la misma.

---

En el mismo sentido se pronuncian las leyes de Francia: art. 24 de la Ley 2004-800 de agosto de 2004, relativa a la bioética. Dinamarca: Ley sobre procreación artificial en conexión con tratamiento médico, diagnóstico e investigación sobre embriones de 1994. Grecia: Ley 3089/2002, sobre asistencia médica a la reproducción humana. Austria: art. 16 de la Ley sobre medicina de trasplantes de 1998. Suiza: Ley federal de 18 de diciembre de 1998, sobre la procreación médicamente asistida. Holanda, Bélgica: 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 utilizados. También en Islandia, Suecia y Turquía el usuario varón posee un poder de veto similar al del Reino Unido.

24. Con la redacción del nuevo art. 11 se ha procurado resolver los problemas que planteaba la Ley 35/1988, que carecía de previsión legal que regulara el consentimiento para la transferencia de los embriones; sólo se preveía en el art. 6.3 que «si estuviere casada (la mujer), se precisará además el consentimiento del marido [...], a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

En este sentido, el TEDH consideró que el margen de apreciación de los estados miembros debía ser amplio e incluir tanto la decisión de intervenir o no en esta área como la elección de las reglas necesarias para conseguir un equilibrio entre los intereses públicos y privados. En todo caso, la decisión del legislador de optar por una norma clara e intangible, con el objetivo de favorecer la claridad jurídica y mantener la confianza de la sociedad en el derecho, en una materia particularmente sensible, está justificada en motivos de orden público imperiosos.

## 5. A modo de conclusión

Sin perjuicio de la solución adoptada por la ley italiana o de la posibilidad de prever o fijar una paternidad sin consecuencias jurídicas, entiendo que, concretamente, del análisis del fallo resultan dos posturas que conducen a dos soluciones diferentes y consecuentemente tutelan u otorgan preferencia a dos derechos diferentes:

Una primera postura entiende que el interés de no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético. Simboliza el vínculo genético. Lo que se tutela es el derecho de la mujer a tener un hijo genético.

La segunda postura defiende la voluntad previamente expresada y el respeto hacia ella. Esta es la que se adopta en la resolución del caso.

Sintetizando, el enfrentamiento se refleja entre el derecho de la demandante a tener un hijo biológico y la validez y eficacia del consentimiento expresado.

---

Con la nueva redacción se zanja este problema, aunque sigue planteando algunos interrogantes. Así, el art. 11.5 establece que «el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones». ¿Por qué se refiere sólo al varón casado con la usuaria? ¿Cuál es el motivo para excluir al varón no casado que aporta sus propios gametos? Alkorta sostiene que «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»; Alkorta Idiakez, I., «Nuevos límites del derecho de procrear», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, enero-diciembre 2006, p. 9-61 (p. 34). La citada autora entiende 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».

Coincido con la decisión del TEDH y considero, conforme a las siguientes conclusiones, que es acertada la ley británica al establecer que el consentimiento puede retirarse libremente hasta el momento de la implantación.

1. Hasta el momento de la implantación no hay «persona», conforme a lo establecido por el estatuto jurídico del embrión, por lo que no se debería imponer una paternidad no deseada, cuando todavía no se han dispuesto los mecanismos (que sería la implantación) para la posterior existencia de una nueva persona.

2. Hasta el momento de la implantación no está en juego la integridad física de la mujer, como sí lo estaría en el supuesto de procreación por medios naturales.

3. En la procreación por medios naturales la mujer es quien tiene «el poder de disposición o decisión», y esto se debe, precisamente, a que, como dije anteriormente, en este caso está en juego su integridad física.<sup>25</sup> Ahora bien, cuando en la procreación se recurre a las TRA, la situación parece cambiar. Las TRA implican un proceso largo, solicitado y buscado en el que la voluntad puede cambiar con el transcurso del tiempo. ¿Acaso no es mejor una retractación previa?

Sin perjuicio de otras diferencias, lo vital y esencial es que en estos supuestos, hasta el momento de la implantación, no está en juego la integridad física de la mujer.<sup>26</sup> Parece entonces que ambos, madre y padre, están en pie de igualdad.

Si los avances de las ciencias han permitido esta forma de engendrar un nuevo ser, podemos preguntarnos: ¿no es conveniente acaso que las partes estén en pie de igualdad? Teniendo en cuenta todo ese tiempo que puede transcurrir y la igualdad de condiciones de ambas partes, lo que prevalece y lo que determina en esos casos la paternidad y/o maternidad es la voluntad previamente

---

25. El derecho a la integridad física de la mujer se convierte en una barrera infranqueable, confiéndole o depositando en ella la decisión sobre el destino del embarazo, pudiendo decidir si lo lleva a término, o por el contrario, aborta. En los países en los que está permitido o legalizado el aborto, es la mujer la facultada para tomar esa decisión. De modo que aunque «el padre» no quiera serlo, si ella decide continuar con el embarazo, no obstante la falta de voluntad del varón, igualmente «se le impone la paternidad».

26. El argumento jurídico que se utiliza en los supuestos de procreación por naturaleza para que la mujer sea la que decida si lleva adelante el embarazo o no –y, en su caso, si impone la paternidad al hombre suponiendo que él no quiera ser padre– no se presenta en estos casos.

prestada. Como dije anteriormente, la paternidad/maternidad se determina por el elemento volitivo, y en este sentido debe ser tan valorable y relevante una voluntad como la otra.

4. La legislación internacional reconoció los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales y esos derechos reproductivos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de técnicas de reproducción asistida.<sup>27</sup> En este sentido el derecho a la reproducción, como derecho fundamental reconocido, debe poder ejercerse libremente. Prueba y reflejo de esa libertad es el consentimiento y su posibilidad de revocación, en tanto no afecte derechos de terceros (y hasta la implantación no afecta a la mujer ni al embrión, que hasta ese momento no es persona).

Además, este derecho a la reproducción ha sido abordado en varias ocasiones por los tribunales de EEUU, en los que el derecho a no procrear ha sido declarado constitucional y suele prevalecer sobre el derecho a procrear por motivos de orden público: la procreación forzada no puede ser objeto de un procedimiento de ejecución judicial.<sup>28, 29</sup>

5. El consentimiento es por esencia revocable. Este consentimiento es un reflejo de la libertad reproductiva, entendida como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, por lo que en este ámbito el consentimiento debe ser por esencia revocable.

---

27. En este sentido el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen «[...] todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos». La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (Pekín, 1995) estableció que la salud reproductiva es «un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia». La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a «métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados».

28. Ver *A.Z. v. B.Z.* 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051 (2000) y *J.B. v. M.B.* 170 N.J. 9, 783 A.2d 707 (2001).

29. Navarro Michel, Mónica, «Crisis de familia embriones», cit.

6. La mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos que han regulado la crioconservación y transferencia de embriones humanos permiten a los usuarios de las TRA revocar el acuerdo para la transferencia en cualquier momento anterior a la implantación de los embriones.<sup>30</sup>

7. También el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa sobre derechos humanos y biomedicina admite la revocación libre del consentimiento.<sup>31</sup>

8. En los supuestos en los que se admite la revocación del consentimiento, esta voluntad ha sido producto de una reflexión generada a través de una información. Se trata de un documento de consentimiento informado, por lo que las partes, al manifestar su voluntad, conocen las consecuencias que acarrea su decisión.

Ese documento de consentimiento informado posee relevancia jurídica, es decir, produce consecuencias y efectos jurídicos, y entiendo que para quienes produce esas consecuencias comporta un acuerdo implícito, que se origina en el momento en que se manifestó la voluntad a sabiendas de ellas.

Refuerza la idea de este «acuerdo implícito» el hecho de que esa voluntad se ha manifestado ante la otra parte, por lo que de alguna forma se está «acordando».<sup>32</sup>

En este sentido, Robertson 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.<sup>33</sup>

Por lo tanto, conforme a lo expuesto, si bien el documento de consentimiento informado no es un contrato en sentido estricto y jurídico, sí es una vo-

---

30. Ver las leyes de Francia, Dinamarca, Grecia, Austria, Suiza, Holanda, Bélgica, Islandia, Suecia, Turquía y España, ya citadas..

31. «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».

32. Estamos en presencia de dos voluntades pero es un mismo sentido, por lo que de alguna manera, al estar informadas, saber las consecuencias y manifestar su voluntad en sentido coincidente, están acordando.

33. Robertson, J., «Resolving Disputes over Frozen Embryos», *Hasting Center Report*, 19 (1989), p. 7-12. Citado por Alkorta Idiákez, I., «Nuevos límites del derecho de procrear», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, enero-diciembre 2006, p. 9-61.

luntad jurídicamente vinculante y representa un acuerdo implícito entre quienes produce esas consecuencias jurídicas; por lo que si luego esas voluntades no coinciden habrá que ponderar aquella que respete lo consentido previamente, lo previsto por ese acuerdo implícito.

Por todo lo expresado considero que se debe respetar lo consentido, aunque sea la última oportunidad de tener hijos biológicos, dado que esta circunstancia también fue prevista en el momento de manifestar la voluntad.

## RESUMEN

**Revista catalana de dret públic**, 36, ISSN 1885-5709, 2008

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

612.63:340.142

Eleonora Lamm, Licenciada en derecho por la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Máster en derecho de familia por la Universidad de Barcelona

### **es La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido**

p. 195-220

En este trabajo, se analiza, por su naturaleza conflictiva y paradigmática, la sentencia Evans contra el Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de marzo de 2006, luego confirmada por la gran sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sentencia de 10 de abril de 2007.

Su importancia radica en que se trata de una sentencia muy reciente y en que es el primer caso resuelto por el TEDH en el que se plantea el destino de los embriones sobrantes.

Además, lo resuelto en esta sentencia también es importante porque, de haberse planteado la situación en España, luego de la reforma de 2006 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRA), la respuesta –por el razonamiento efectuado por el tribunal y los fundamentos brindados– hubiera sido prácticamente idéntica.

La lectura y análisis de este caso generan numerosos interrogantes y reflexiones. Se trata,

sin duda, de una situación especialmente conflictiva por la importancia de los derechos en juego y la relevancia de los intereses opuestos, en el que la decisión adoptada no era, estrictamente, la única posible, por lo que, en este trabajo se procura analizar y explicar las consecuencias de:

1. La imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación. Solución adoptada por la ley italiana.
2. La posibilidad de permitir la implantación teniendo en cuenta la especial situación de la Sra. Evans, en cuanto esta representa su última oportunidad de tener un hijo genético.
3. La posibilidad de permitir la implantación, estableciendo una paternidad sin consecuencias jurídicas.
4. La imposibilidad de permitir la implantación sobre la base de lo previsto por la ley aplicable. Esta es la solución adoptada por el tribunal.

Palabras clave: bioética; reproducción asistida; custodia de embriones; consentimiento.

## RESUM

**Revista catalana de dret públic**, 36, ISSN 1885-5709, 2008

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

612.63:340.142

Eleonora Lamm. Llicenciada en dret per la Universitat Nacional de Cuyo, Argentina. Màster en dret de família per la Universitat de Barcelona

### **es La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido**

ca La custòdia d'embrions en la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans. El cas Evans contra el Regne Unit  
p. 195-220

En aquest treball, s'analitza, per la seva naturalesa conflictiva i paradigmàtica, la sentència *Evans vs. Regne Unit* del Tribunal Europeu de Drets Humans de 7 de març de 2006, després confirmada per la gran sala del TEDH en sentència de 10 d'abril de 2007.

La seva importància arrela en que es tracta d'una sentència molt recent i que és el primer cas resolt pel TEDH en el qual es planteja el destí dels embrions sobrants.

A més, la resolució d'aquesta sentència també és important perquè, si s'hagués plantejat la situació a Espanya, després de la reforma de 2006 de la Llei sobre tècniques de reproducció humana assistida (LTRA), la resposta –pel raonament que va efectuar el tribunal i els fonaments que va oferir– hagués estat pràcticament idèntica.

La lectura i l'anàlisi d'aquest cas generen nombrosos interrogants i reflexions. Es tracta, sens dubte, d'una situació especialment

conflictiva per la importància dels drets en joc i la rellevància dels interessos oposats, en el que la decisió adoptada no era, estrictament, l'única possible, per la qual cosa, en aquest treball es procura analitzar i explicar les conseqüències de:

1. La impossibilitat de revocar el consentiment amb posterioritat a la fecundació. Solució adoptada per la Llei italiana.
2. La possibilitat de permetre la implantació tenint en compte la situació especial de la Sra. Evans, atès que aquesta representa la seva última oportunitat de tenir un fill genètic.
3. La possibilitat de permetre la implantació, establint una paternitat sense conseqüències jurídiques.
4. La impossibilitat de permetre la implantació sobre la base del que preveu la llei aplicable. La solució adoptada pel tribunal.

Paraules clau: bioètica; reproducció assistida; custòdia d'embrions; consentiment.

**ABSTRACT**

Revista catalana de dret públic, 36, ISSN 1885-5709, 2008  
 Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)  
 Key words source: Key words are given by authors

---

612.63:340.142

Eleonora Lamm, has a Degree in Law from the National University of Cuyo, Argentina and a Masters in Family Law from the University de Barcelona

**es La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido**

en Embryo Custody in the Case-Law of the European Court of Human Rights. The case of Evans v United Kingdom

p. 195-220

This article analyses the ruling by the European Court of Human Rights (ECHR) of 7<sup>th</sup> March 2006 on the Evans case v. the United Kingdom, later confirmed by the Grand Jury of the European Court of Human Rights in the ruling of 10<sup>th</sup> April 2007, because of its controversial and paradigmatic nature.

The importance of this case lies in the fact that the ruling is very recent and that it was the first case seen by the ECHR in which the issue of the destiny of stored embryos was raised.

Moreover, the ruling is also important because, had the situation arisen in Spain, after the 2006 reform of the law of human assisted reproduction technologies, the outcome—given the Court's reasoning and the grounds offered— would have been practically the same.

In reading and analysing this case, many questions and reflections arise. It is, without a doubt, a specially controversial situation, gi-

ven the importance of the rights at stake and the relevance of the conflicting interests. The decision taken was not strictly the only one possible, and so this article tries to analyse and explain the consequences of:

1. The impossibility of withdrawing consent after fertilization. Solution adopted by the Italian law.
2. The possibility of allowing implantation taking into account Ms. Evans' special situation, given that this represented her last opportunity to have a genetic child.
3. The possibility of allowing implantation, establishing parenthood without legal consequences.
4. The impossibility of allowing implantation in accordance with the provisions made by the relevant law. This was the solution adopted by the Court.

---

Key words: Bioethics; assisted reproduction; embryo custody; consent.