

**¿De quién son los embriones?
Crisis de pareja y revocación del
consentimiento a la reproducción
asistida**

Comentario a la STEDH, Sec. 4^a, de 7.3.2006, “Evans v. The U.K.”

Esther Farnós Amorós

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

408

Abstract

El pasado 7.3.2006, la Sec. 4^a del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resolvió Evans v. The U.K. En el caso, una vez producida la ruptura de la pareja, el hombre revocó el consentimiento prestado inicialmente para la utilización de seis preembriones congelados que habían sido creados con su esperma y con los óvulos de la recurrente, que pretendía que le fuesen implantados. Las sucesivas instancias judiciales británicas confirmaron la revocación, así como el TEDH, que tuvo en cuenta que la Ley inglesa otorga esta posibilidad, que el contrato con la clínica también la preveía, y que un embrión no tiene derecho a la vida en los términos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En este trabajo se comenta la sentencia, que se encuentra pendiente de resolución por la Gran Sala, y se presenta, brevemente, el estado de la cuestión en Europa.

Sumario

- 1. Antecedentes de hecho**
- 2. La *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990**
- 3. Análisis de la decisión**
 - 3.1. Derecho a la vida**
 - 3.2. Derecho al respeto a la vida privada y familiar**
 - 3.3. Prohibición de discriminación**
 - 3.4. Casos similares**
- 4. Estado de la cuestión en Europa**
- 5. Conclusiones**
- 6. Lista de casos citados**
- 7. Bibliografía**

1. Antecedentes de hecho

Natallie Evans tenía un ciclo menstrual irregular con niveles bajos de progesterona en la sangre, lo que le impedía ovular con normalidad. Tras intentar durante dos años tener un hijo con su marido, en 1995 empezó a tomar *Clomid*, un medicamento inductor de la ovulación.

El citrato de clomifeno (CC, *Clomid*, *Serophene*) acostumbra a ser el primer tratamiento contra la infertilidad. Se trata de un medicamento relativamente barato y que se toma con facilidad (normalmente, cinco veces al mes por vía oral). El *Clomid* entra en contacto con todos los tejidos del cuerpo que tienen receptores de estrógeno y estimula las cuatro hormonas que se requieren para la ovulación, lo que permite ovular al 85% de las mujeres que lo utilizan, aunque sólo la mitad logran quedar embarazadas (Fuentes: *Diccionari encyclopèdic de medicina*, Encyclopèdia Catalana: www.grec.net; *Internacional Council on Infertility Information Dissemination, Inc*: www.inciid.org/printpage.php?cat=infertility101&id=249).

Después de dos años sin producirse el embarazo, los médicos de la clínica privada de Bath (Reino Unido) que trataban la mujer recomendaron que el matrimonio recorriese a la reproducción asistida. No obstante, como consecuencia de su separación, estos tratamientos nunca se llegaron a realizar.

En el año 2000, Natallie y la su entonces nueva pareja, Howard Johnston, decidieron tener un hijo, por lo que la mujer volvió a tomar *Clomid*. Al ver que tampoco quedaba embarazada, se le practicaron diversas pruebas que condujeron a que en octubre de 2001 se le diagnosticaran tumores precancerígenos en los dos ovarios.

Desde los noventa, varios estudios británicos han subrayado la posible relación entre los medicamentos para combatir la infertilidad y el cáncer de ovarios (KATZ, EEKELAAR & MACLEAN, 2001, p. 174). La mayoría apuntan a la propia infertilidad, más que al uso de *Clomid* y otros medicamentos, como causa de la enfermedad (*Internacional Council on Infertility Information Dissemination*).

Dado que los tumores crecían despacio, la pareja fue informada de que con anterioridad a la extirpación de los ovarios era posible extraer algunos óvulos a la mujer para que fuesen fertilizados "in vitro" con esperma del hombre. En este momento, Natallie preguntó si era posible congelar sólo sus óvulos.

Hasta la fecha, sólo dos mujeres, alegando objeciones religiosas a la congelación de preembriones, han podido tener hijos a partir de la congelación de óvulos, posibilidad que ofrecen 23 clínicas del Reino Unido. En los últimos tiempos, la eficacia de este procedimiento ha aumentado de forma significativa. La vitrificación, mediante la cual se extrae humedad del óvulo y se añade una sustancia descongelante, permite que el 95% de los óvulos sobreviva a la descongelación y que se alcancen unas tasas de embarazos del 25% a través de fecundación "in vitro". La extracción y congelación de los tejidos ováricos antes de que la mujer se someta a tratamientos contra el cáncer es otra de las técnicas consideradas altamente eficaces, y presenta más ventajas que la congelación de óvulos, ya que el tejido ovárico sobrevive muy bien al proceso de congelación, restaura los ciclos menstruales cuando se reimplanta y contiene más óvulos que los que se pueden obtener antes de que una mujer se someta a quimioterapia o radioterapia (Alexandra FREAN, "Woman denied use of

embryos without her partner's consent", *The Times*, 8.3.2006, pp. 6-7: www.timesonline.co.uk/article/0,,8122-2075264,00.html; Madeleine BUNTING and Catherine BENNETT, "Whose embryo is it anyway?", *The Guardian*, 9.3.2006, pp. 6-9: www.guardian.co.uk/g2/story/0,,1726567,00.html).

Natallie fue informada de que la clínica en cuestión no llevaba a cabo este tratamiento y que la congelación de preembriones presentaba más probabilidades de éxito. No obstante, la probabilidad que los preembriones sobrevivan también es limitada, puesto que entre el 60 y el 70% no sobreviven a la descongelación y, de lo contrario, la implantación en el útero de la paciente presenta muchos riesgos.

Los embriones, a diferencia de los "preembiones" o "embriones preimplantatorios", que pueden ser criopreservados, se forman por la implantación del cigoto en el útero alrededor del decimocuarto día posterior a la fecundación. El art.1.2º de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 126, 27.5.2006, pp. 19947-19956), en adelante LTRHA, define el concepto en los siguientes términos: "A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde". A pesar de la distinción, es frecuente el uso del término "embrión" para designar el preembrión, como hace la sentencia del TEDH en el presente caso y el art. 1 de la propia Human Fertilisation and Embriology Act de 1990 (en adelante, HFEA).

Frente a las dudas manifestadas por la mujer, su pareja le reiteró que la relación duraría siempre y que quería tener un hijo con ella. Los dos fueron informados de que deberían firmar un contrato con la clínica consintiendo al tratamiento y que, de acuerdo con la Sección 4 del Anexo 3 de la HFEA, cualquiera de los dos podía revocar su consentimiento en algún momento anterior a la implantación de los preembriones en el útero de la mujer. Además, en una de las cláusulas del contrato se admitía que en caso de cesación de la relación por divorcio o separación judicial, el almacenamiento y uso de los embriones debería someterse a revisión. La pareja fue informada de que la cláusula en cuestión se aplicaba por igual a los convivientes "more uxorio", así como de la obligación de cada uno de notificar a la clínica de producirse algún cambio en su relación. En noviembre de 2001, un mes después del diagnóstico, se fertilizó el material genético y se conservaron los seis preembriones resultantes.

A continuación, la mujer se sometió a la operación de extirpación de ovarios, después de la cual fue informada de que debería esperar un mínimo de dos años para la implantación. No obstante, en mayo de 2002 la pareja puso fin a la relación. En este momento, Natallie y Howard discutieron el futuro que debía darse a los preembriones, sin llegar a ningún acuerdo, por lo que el hombre notificó la ruptura a la clínica y solicitó la destrucción de los mismos.

Natallie, que se oponía a la destrucción de los preembriones, demandó a la clínica ante la High Court, que el 1 de octubre de 2003 desestimó la demanda (*Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others*). Por su parte, el 25 de junio de 2004 la Court of Appeal desestimó el recurso. Finalmente, el 29 de noviembre de 2004 la House of Lords, acordó su inadmisión.

2. La Human Fertilisation and Embriology Act de 1990

El párrafo 1 del Anexo 3 de la HFEA (“Consentimiento a la utilización de gametos y embriones”) dispone que este consentimiento debe otorgarse por escrito, y que se entiende por “consentimiento efectivo” aquel que no ha sido revocado.

Mediante la posibilidad de revocar el consentimiento a la utilización de los preembriones, la HFEA quiere asegurar que el hombre y la mujer que aportan los gametos mantienen su voluntad desde el inicio del tratamiento hasta la implantación de los preembriones. Por este motivo, el párrafo 4 del Anexo 3 de la Ley, titulado “Variación y revocación del consentimiento”, establece que:

“(1) Los términos en los que se expresa el consentimiento pueden variar de un momento a otro, y el consentimiento se puede revocar, si así se notifica por la persona que lo otorgó a la persona que tiene cuidado de los gametos o del embrión, y para quien el consentimiento es relevante; (2) Los términos del consentimiento al uso de cualquier embrión no se pueden modificar, y el consentimiento no se puede revocar desde que el embrión ya ha sido utilizado: a) en los tratamientos correspondientes o; b) en un proyecto de investigación”.

La Ley guarda silencio en relación con la ruptura de la pareja mientras dura el proceso de fecundación “in vitro”. Pese a lo anterior, nada impide que el contrato con la clínica de reproducción asistida incluya una cláusula según la cual este consentimiento se deberá renovar cada cierto tiempo por las dos partes y, en todo caso, si se produce la ruptura de la pareja, como sucedió en *Evans v. The U.K.*

Al respecto, la doctrina ha puesto de relieve que en caso de divorcio cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento al almacenamiento o uso de los preembriones creados con su consentimiento. El consentimiento se presenta como el elemento clave para disponer del propio material genético, de manera que el interés superior que hay que proteger reside en la preservación de la integridad corporal y en el control sobre el destino de este material (KATZ, EEKELAAR & MACLEAN, 2001, pp. 174-175). En España, a pesar de que la cuestión apenas se ha abordado, también se ha planteado el destino de los preembriones en caso de separación o divorcio (DE LORA, 2003, pp. 102 i ss.).

Por otro lado, la Sección 14 (4) de la HFEA establece que los preembriones deberán ser destruidos transcurridos cinco años desde su almacenamiento.

Así, en el caso, en ausencia de revocación del consentimiento por alguna de las partes, la pareja podía disponer de los preembriones a partir de noviembre de 2003, ya transcurrido el período mínimo de dos años desde la operación de extirpación de ovarios a la que se sometió la mujer, y hasta octubre de 2006.

3. Análisis de la decisión

En uso del derecho que reconoce el art. 34 del [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) (en adelante, el Convenio), entre de otros, a las personas físicas que se consideren víctimas de una violación de los derechos en él reconocidos por uno de los Estados parte, Natallie interpuso recurso delante del TEDH. En cumplimiento de lo establecido por el art. 35, la recurrente agotó las vías internas y recurrió dentro del plazo de seis meses desde la fecha de la resolución definitiva de la *House of Lords*. Según la recurrente, las sentencias desestimatorias de los tribunales nacionales habían vulnerado el derecho a la vida, al respecto a la vida privada y familiar, y la prohibición de discriminación, reconocidos en los artículos 2, 8 y 14 del Convenio, hecho en Roma al 4 de noviembre de 1950, e incorporado al derecho nacional del Reino Unido a partir de la entrada en vigor de la *Human Rights Act* de 1998, en octubre de 2000.

El funcionamiento del TEDH se regula en el Título II del Convenio. De acuerdo con el art. 27, el Tribunal puede actuar en Comités formados por tres jueces, Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces. Las Salas se componen de algunos de los jueces de una de las cinco secciones. Su constitución es rotatoria y, entre otros, forman parte de las mismas el Presidente de la Sección y el Juez escogido a título del Estado en cuestión (para más información: <http://www.echr.coe.int/ECHR/>).

El TEDH analiza uno a uno el contenido de los artículos invocados y concluye que la posibilidad de revocar el consentimiento prestado inicialmente a la fecundación no los vulnera, por lo que desestima el recurso por cinco votos contra dos.

La sentencia de la Sec. 4^a del TEDH ha sido objeto de nuevo recurso por Natallie Evans, que se encuentra ahora pendiente de resolución por la Gran Sala, en los términos del art. 43 del Convenio. De acuerdo con este artículo, en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto puede solicitar su remisión delante de la Gran Sala. Un colegio de cinco jueces deberá decidir si la demanda plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general, y en caso afirmativo la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia que, conforme con el art. 44.1 del Convenio, será definitiva.

3.1. Derecho a la vida

Según la recurrente, la posibilidad que otorga la ley inglesa de revocar el consentimiento a la utilización de los preembriones viola su derecho a la vida, que se desprende del artículo 2.1 del Convenio, según el cual “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley (...”).

El TEDH, aludiendo al precedente *Vo v. France*, de 8.7.2004, afirma que en ausencia de consenso europeo sobre la definición legal y científica del inicio de la vida, la cuestión se encuentra dentro del margen de apreciación de cada Estado (§ 82). A pesar de que el embrión y el feto pertenecen a la

especie humana y merecen protección, ello no los convierte en personas con un derecho a la vida en los términos del artículo 2 (§ 84).

Según el Tribunal, de acuerdo con la legislación inglesa un embrión no tiene derechos ni intereses independientes, por lo que no tiene un derecho a la vida protegible por el artículo 2 (§ 46).

Debe estarse a las decisiones previas de los tribunales ingleses en el caso *Evans* para clarificar la remisión genérica del TEDH a la legislación inglesa y determinar a partir de cuándo se considera que existe vida humana protegible:

Para la *High Court*, si de las sentencias de la *Court of Appeal* se desprende que un feto no tiene un derecho a la vida protegido por el artículo 2 [así, entre otros, *Re F (in utero)* [1988]; *Re MB (Medical Treatment)* (1997)], como un embrión se encuentra en un estadio inferior de gestación, tampoco tendrá derecho a la vida (§ 174-179).

La *Court of Appeal* (§ 106-107) tiene en cuenta, en primer lugar, la *Abortion Act* de 1967, según la cual el límite para la interrupción del embarazo son las 24 semanas, excepto que haya un riesgo sustancial de discapacidad para el feto o un riesgo sustancial para la vida o salud de la madre [Sección 1(1) *Abortion Act* (1967), reformada por la HFEA]. En segundo lugar, afirma que un embrión tiene el potencial de ser una persona pero no es en sí mismo una persona, por lo cual no tiene un derecho calificado a la vida. Finalmente, considera que la HFEA tampoco reconoce ningún derecho a la vida al embrión, ya que éste debe destruirse cinco años después de su creación (o antes, si cada parte revoca su consentimiento).

3.2. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Como consecuencia de la operación de extirpación de ovarios a la que se hubo de someter la mujer, los preembriones representaban su única oportunidad de tener un hijo biológico. Bajo este argumento, la recurrente consideraba que las decisiones de los Tribunales nacionales vulneraron su derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido por el artículo 8 del Convenio, concretado en este caso en el derecho a constituir una familia.

El artículo dispone que "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."

El TEDH ya se había podido pronunciar sobre el alcance del art. 8 en las relaciones familiares. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, las relaciones familiares forman parte del concepto de "vida privada" que debe ser respetada [*Olsson v. Sweden* (No. 1), de 24.3.1988; *Eriksson v. Sweden*, de 22.6.1989; *Gaskin v. The United Kingdom*, de 7.7.1989].

En el caso, el TEDH somete el artículo 8 a un análisis exhaustivo, por lo que se plantea si el respeto a la vida privada conlleva una obligación positiva por parte del Estado de asegurar la implantación del preembrión a la mujer que ha iniciado un tratamiento de fecundación “in vitro”, a pesar de la revocación del consentimiento a la utilización del material genético por parte de su expareja.

Según el Tribunal, la referencia del artículo 8 a la “vida privada” comprende tanto la decisión de ser padre o madre como la de no serlo. No obstante, se afirma que no hay consenso internacional en relación al momento en que una de las partes puede revocar el consentimiento otorgado para el uso de su material genético en los tratamientos de fecundación “in vitro” (§ 56-66). La finalidad de la HFEA es asegurar que el consentimiento se mantiene desde los inicios del tratamiento hasta al momento de la implantación del embrión en el útero de la mujer.

Con ello, el Tribunal enfatiza el papel decisivo que la HFEA otorga al consentimiento continuado y bilateral hasta la implantación de los embriones en el útero de la mujer [en este mismo sentido, BURNS (2006), p. 2].

Los tribunales nacionales del Reino Unido se habían pronunciado sobre la importancia del consentimiento a la fecundación “in vitro” en dos ocasiones. Por una parte, la *Court of Appeal* en el caso *Diane Blood* (1997) impidió que la demandante utilizara el esperma del marido muerto dado que éste nunca había otorgado su consentimiento escrito a la fecundación “in vitro”. Por otro lado, la *High Court* en *In Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* (2003), en qué una mujer de raza blanca había sido inseminada por error con esperma de un donante de raza negra, sostuvo que el marido de la mujer, también de raza blanca, no podía ser considerado padre legal de los mellizos puesto que no había consentido por escrito a la inseminación de la mujer con material genético de un tercero.

En consecuencia, el TEDH considera que el Reino Unido no ha superado el margen de apreciación que otorga el artículo 8.2, por lo que no aprecia violación del Convenio en este punto (§ 69).

3.3. Prohibición de discriminación

Según la recurrente, el hecho de que una mujer sometida a fecundación “in vitro” dependa de la voluntad de la parte que aporta el esperma infringe el artículo 14 del Convenio, en relación con las mujeres que pueden procrear sin asistencia médica, quienes pueden escoger con total libertad el destino que quieren reservar a sus óvulos fecundados.

El artículo 14 dispone que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Para el Gobierno del Reino Unido no existe discriminación, ya que la diferencia de trato que contiene la HFEA en relación con las mujeres sometidas a fecundación “in vitro” está justificada por razones objetivas.

En relación con esta cuestión, una consulta gubernamental que tuvo lugar en el Reino Unido en 2005 concluyó que el hecho de que tan sólo la mujer tuviera derecho a decidir sobre la implantación del embrión se asimilaba más a la concepción natural [SAMILLOFF (2006), p. 2].

El TEDH considera que no puede existir violación del artículo 14 por los mismos motivos por los que no existe violación del artículo 8, de modo que prescinde de analizar lo fondo de la cuestión (§ 70-75).

3.4. Casos similares

Los dos votos particulares que se formulan a la sentencia otorgan supremacía al derecho de la mujer a ser madre, en la línea de la decisión del Tribunal Supremo israelí en *Nachmani v. Nachmani* [50(4) P.D. 661 (Isr)]. En el caso, se reconoció el derecho de una mujer que no podía tener hijos biológicos de otra manera a continuar con el tratamiento de fecundación “in vitro” después de que el exmarido, como consecuencia del divorcio, revocara el consentimiento al uso de los preembriones (puesto que no se dispone de una traducción de las decisiones previas, ni de la del Tribunal Supremo israelí, por una aproximación al caso, véase DORNER www.annalsnyas.org/cgi/content/full/913/1/188).

El matrimonio Nachmani se había sometido a fecundación “in vitro” con la intención que los preembriones creados con su material genético se implantasen a una madre subrogada, con quien habían firmado un acuerdo por el que se regulaba la disposición de los preembriones en caso de separación. El tribunal del distrito resolvió a favor de la esposa, argumentando que el marido no podía revocar el consentimiento al uso de los preembriones, del mismo modo que tampoco lo podía hacer un hombre que hubiera de ser padre por medios naturales. Por el contrario, en su primera decisión el Tribunal Supremo israelí resolvió en beneficio del derecho fundamental del hombre a no ser padre. No obstante, en la revisión del caso el Tribunal volvió a pronunciarse a favor de la esposa, para lo que tuvo en cuenta su ausencia de alternativas para tener un hijo biológico.

El caso israelí presenta muchos puntos en común con el supuesto de hecho que nos ocupa. Tanto el Tribunal Supremo israelí como los jueces disidentes en *Evans v. The U.K.*, consideran decisivo analizar las alternativas de cada parte para realizar su derecho, de modo que cuando el derecho de uno destruye por completo el derecho del otro, debe otorgarse preferencia al último.

A diferencia del TEDH, el Tribunal israelí decide a favor del derecho de la mujer a ser madre mediante una valoración de los diferentes derechos en conflicto, lo que se explicaría por la ausencia de una ley nacional que regule la cuestión y porque las partes no habían firmado ningún contrato con la clínica sobre el alcance del consentimiento a la utilización de las técnicas.

En Estados Unidos de América, donde el Tribunal Supremo Federal aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, las disputas sobre la disposición de preembriones se regulan, sobre todo, a través del *Common Law* [ALKORTA (2003), p. 95]. En su sentencia, el TEDH alude a algunos de los casos resueltos por tribunales supremos estatales norteamericanos en los que se ha planteado la cuestión [para un análisis más pormenorizado de estos casos véanse, entre otros, SHAPO: www.law.duke.edu/journals/djcl/articles/djcl12p75.htm].

El primer caso norteamericano en el que se discutió la “titularidad” de los preembriones ya surgida la crisis matrimonial es *Davis v. Davis* [842 S.W. 2d 588 (1992)], en el que el Tribunal Supremo de Tennessee afirmó que tanto el hombre como la mujer podían imponer su criterio en contra de la implantación de los preembriones, excepto que éstos fueran la única opción que permitiese a una parte tener hijos biológicos.

En otro supuesto de divorcio, *Kass v. Kass* [673 N.Y.S.2d 350 (1998)], la exmujer solicitó la custodia de los preembriones congelados después de varios intentos infructuosos de fertilización “in vitro”, con la oposición de su exmarido. Durante el matrimonio, la pareja había firmado un acuerdo según el cual en caso que las partes no quisiesen iniciar el embarazo o no pudiesen decidir sobre el destino de los preembriones, los mismos se destinarían a la investigación. La *Court of Appeal* de Nueva York dio validez al acuerdo.

4. Estado de la cuestión en Europa

Antes de resolver sobre lo fondo del asunto, el TEDH hace un análisis de la Ley nacional aplicable al caso, la HFEA, y de algunos textos de derecho internacional, y apunta en líneas generales la postura adoptada en la materia por algunos Estados Miembros del Consejo de Europa.

En el plano internacional, ninguno de los dos textos legales que tratan la cuestión del consentimiento y su revocación en el ámbito médico re refiere a los tratamientos de reproducción asistida.

Así, el artículo 5 de la [Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina](#), hecha en Oviedo el 4 de abril de 1997, requiere el consentimiento informado de la persona interesada para cualquier intervención en su salud, consentimiento que se puede revocar libremente en cualquier momento. Por su parte, el artículo 6 de la [Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos](#), de 19 de octubre de 2005, establece que el consentimiento informado debe expresarse y puede ser revocado por la persona interesada en cualquier momento y por cualquier razón sin desventaja o perjuicio para ella.

Entre los Estados Miembros de la Unión Europea, el Reino Unido no es el único que garantiza a las dos partes de un tratamiento de reproducción asistida al derecho a revocar el consentimiento al uso o almacenamiento de su material genético. Sin embargo, el momento de revocación de dicho consentimiento no recibe un trato uniforme.

Del informe del Consejo de Europa de 1998 sobre asistencia médica a la procreación y protección del embrión humano (estudio comparativo sobre la situación en treinta y nueve países) que cita la STEDH se desprende que las leyes danesa, francesa, griega y suiza prevén expresamente el derecho de las partes a revocar el consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación del embrión en el útero de la mujer. En Holanda este derecho figura en los textos de aplicación, en Alemania, Bélgica y Finlandia deriva de la práctica clínica, mientras que Islandia, Suecia y Turquía reconocen, en su legislación o en la práctica, al hombre el mismo derecho de veto que la ley inglesa (§31). Por el contrario, en Hungría se tiene en cuenta que la reproducción asistida representa una carga más grande para la mujer que para el hombre, motivo por el que se la autoriza a seguir con el tratamiento a pesar de la muerte de la otra parte o el divorcio de la pareja, excepto que se exprese lo contrario por escrito. En Austria, Estonia e Italia, el hombre sólo puede revocar su consentimiento hasta la fecundación, momento a partir del cual es la mujer quien decide si continúa con el tratamiento (§32).

Las leyes francesa y suiza, de modo similar a lo que dispone la HFEA, reconocen expresamente a cada parte el derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación del preembrión en el útero de la mujer:

El artículo 152-3 de la Ley francesa, la [LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal \(JORF no 175, 30.7.1994, p. 11059\)](#) permite que los dos miembros de la pareja acuerden por escrito la conservación de embriones con la intención de realizar su demanda parental en un plazo de cinco años. Cada año previo a la finalización del mencionado plazo el hombre y la mujer deben manifestar si mantienen esta demanda. Con más detalle, el art. 2141-2 de la [LOI no 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique \(JORF 7.8.2004\)](#) niega efectos al consentimiento en caso de muerte de una de las partes, divorcio, separación judicial o cesación de la comunidad de vida anterior a la realización de la procreación asistida, así como cuando el hombre o la mujer lo revoque por escrito antes de la realización de la transferencia embrionaria.

Según el artículo 7 de la Ley Suiza de procreación, la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998* (publicada en la web de derecho federal de la Confederación Suiza: www.admin.ch/ch/f/rs/810_11/index.html), la pareja debe prestar su consentimiento a la reproducción asistida por escrito, y este consentimiento debe renovarse producidos los diferentes ciclos del tratamiento sin resultado. Asimismo, la descongelación de los óvulos fecundados se subordina de nuevo al consentimiento escrito de los dos miembros de la pareja.

Por el contrario, en Italia el consentimiento sólo se puede revocar por cada parte con anterioridad a la fecundación:

El artículo 6.3 de la Ley italiana de procreación asistida, [Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita \(Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004\)](#), establece que la voluntad de los dos sujetos de acceder a las técnicas de reproducción asistida debe manifestarse conjuntamente y por escrito al médico responsable del centro donde estas técnicas se van a llevar a cabo. Asimismo, entre la manifestación de esta voluntad y la aplicación de las técnicas deben transcurrir, como mínimo, siete días, y cualquiera de los dos sujetos puede revocar su consentimiento hasta al momento de la fecundación del óvulo.

La Ley alemana núm. 745/9 de protección del embrión, la [Gesetz zum Schutz von Embryonen](#) (*Embryonenschutzgesetz - ESchG*) de 1990, en vigor desde el 1 de enero de 1991, no regula la aplicación de la tecnología reproductiva, sino que se limita a establecer una serie de prohibiciones relativas a la manipulación de embriones humanos.

En Islandia, el [Reglamento nº 568/1997 sobre Técnicas de Reproducción Asistida](#), que implementa la [Ley 55/1996, de 29 de mayo](#), requiere que antes de la transferencia del embrión al útero de la mujer las partes que han aportado el material genético expresen de nuevo su consentimiento formal (art. 15). Los embriones sólo pueden almacenarse hasta un máximo de cinco años, plazo después del cual deben destruirse. La disposición es novedosa porque atribuye este mismo destino a los embriones cuando el hombre y la mujer que aportaron sus gametos ponen fin al matrimonio o a la convivencia, así como en caso de muerte de cualquiera de los dos (art. 16).

En España, un informe de 1998 de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* advertía de la existencia de más de 30.000 preembriones congelados depositados en los bancos de los centros autorizados. De acuerdo con los datos de la *Sociedad Española de Fertilidad*, la tasa de transferencias de embriones congelados es muy baja (sólo representan el 21,5% del total de las transferencias), y éstos sólo logran una implantación en el 13,8% de los casos, frente al 25,3% de embarazos alcanzados por transferencia de embriones frescos.

El artículo 3.5 de la nueva LTRHA establece que la mujer receptora de las técnicas puede pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento anterior a la transferencia embrionaria:

Artículo 3. *Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.* “5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse”.

Por su parte, el artículo 6.3 establece casi lo mismo que la Ley anterior en relación al consentimiento, aunque mejora técnicamente la redacción. Sin embargo, su primer inciso sólo menciona al “marido” de la mujer casada, lo que resulta incoherente con la [Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio](#) (BOE núm. 157, 2.7.2005):

Artículo 6. *Usuarios de las técnicas.* “3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”.

No obstante, la nueva Ley ha ido un paso adelante, y entre los destinos posibles de los preembriones criopreservados sobrantes, entre otro material reproductivo, contempla la utilización por la propia mujer o su cónyuge [art. 11.4 a)]. Este consentimiento se deberá haber 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 (art. 11.5). El inciso sigue sin tener en cuenta la pareja “more uxorio” de la mujer o la mujer cónyuge de la usuaria.

El consentimiento para dar a los preembriones cualquiera de los destinos que prevé la norma podrá modificarse en cualquier momento anterior a la aplicación. Como mínimo cada dos años, se solicitará la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente por parte de la mujer o de la pareja. Si no hay respuesta durante dos renovaciones consecutivas, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados (art. 11.6).

Entre los autores que se han pronunciado en España sobre la cuestión concreta de si procederá la transferencia al útero de la mujer del preembrión fecundado “in vitro” con el semen del marido o pareja cuando ésta cambia de parecer, una primera opinión considera que el hombre no puede impedir la continuación del procedimiento. En cambio, si él quisiera que se culminara pero la mujer no desease su implantación o la inseminación, su criterio no podría prevalecer frente al de la mujer [PANTALEÓN (1993), p. 137]. Por el contrario, una segunda opinión sostiene que también el hombre casado o pareja debería poder revocar el consentimiento a la fecundación [DE LORA (2003), p. 103].

5. Conclusiones

La resolución de *Evans v. The U.K.* por la Sec. 4^a del TEDH evidencia que en caso de desacuerdo sobre el destino de los preembriones crioconservados, la solución final varía según se hagan prevalecer los derechos de los mismos, las alternativas de las partes aportantes del material genético o los posibles pactos previos entre las partes.

En el caso que nos ocupa, la recurrente en base en el art. 8 del Convenio argumentaba que la revocación del consentimiento al uso de los preembriones por parte de su expareja vulneraba su derecho a la vida privada y familiar, que aquí se manifiesta en el derecho a la reproducción. Al respecto, también se podría sostener que si se otorga a la mujer el control de los preembriones, ésta no requiere de un tercero para ser madre, además de que siempre es ella quien tiene el control de la decisión de continuar con el embarazo dentro de los plazos legales. No obstante, hay que tener presente que ser padre contra la propia voluntad también vulnera el derecho del hombre a la vida privada y familiar, lo que acaba convirtiendo *Evans v. The U.K.* en un “caso difícil”.

Admitido el carácter relativo del derecho en conflicto, como también que los preembriones no constituyen “vida humana” protegible, el TEDH prescinde de efectuar una ponderación de derechos y opta por analizar la cuestión desde el punto de vista de la ley aplicable y del contenido del contrato que las partes habían firmado con la clínica.

Dada la especial trascendencia de la cuestión en los supuestos de ruptura de la pareja y su falta de regulación por parte de los Estados Miembros, la futura sentencia de la Gran Sala debería

pronunciarse sobre los límites del pacto en esta materia y sobre el destino de los preembriones cuando no existe acuerdo al respecto. La sentencia deja al arbitrio de cada Estado el momento en que debe llevarse a cabo la revocación, con lo cual, una vez más, el Tribunal de Estrasburgo actúa como catalizador de la armonización del derecho de familia, manteniendo unos estándares mínimos que, por la propia naturaleza de este derecho, deben fijarse por cada Estado.

6. Lista de casos citados

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Sec. y fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Presidente</i>	<i>Partes</i>
4 ^a , 7.3.2006	6339/05 (2006/19)	J. Casadevall	<i>Evans v. The United Kingdom</i>
Gran Sala, 8.7.2004	53924/00 (2004/52)	L. Wildhaber	<i>Vo v. France</i>
Gran Sala, 7.7.1989	10454/83 (1989/16)	R. Ryssdal	<i>Gaskin v. The United Kingdom</i>
Gran Sala, 22.6.1989	11373/85 (1989/12)	R. Ryssdal	<i>Eriksson v. Sweden</i>
Gran Sala, 24.3.1988	10645/83 (1988/2)	R. Ryssdal	<i>Olsson v. Sweden (No. 1)</i>

Tribunal Constitucional español

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>	<i>Asunto</i>
Pleno, 17.6.1999	RTC 1999/116	Pablo García Manzano	<i>Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida</i>

Reino Unido

High Court

<i>Sec. y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Partes</i>
Family Division, 1.10.2003	EWHC 2161 (Fam), (2005) Fam pp. 1-66	<i>Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others</i> <i>(Secretary of State for Health and another intervening)</i>

Queen's Bench Division, 21.2.2003	EWHC 259 (QB), All ER (D) 374 (Feb), 1 FLR, pp. 1091- 1110	<i>In Leeds Teaching Hospital NHS Trust v. A</i>
--------------------------------------	--	--

Court of Appeal

<i>Sec. y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Partes</i>
Civil Division, 25.6.2004	(2004) EWCA Civ 727, (2005) Fam 1, pp. 1-34	<i>Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others (Secretary of State for Health and another intervening)</i>
Civil Division, 26.3.1997	2 FLR 426, 444	<i>In Re MB (Medical Treatment)</i>
Civil Division, 27.2.1997	2 All ER 687-695, 2 FCR 501	<i>In R v Human Fertilisation and Embriology Authority, Ex parte Diane Blood</i>
Civil Division, 4.2.1988	Fam 122; 2 All ER 193; 2 WLR 1288; 2 FLR 307.	<i>In Re F (in utero)</i>

Estados Unidos de América

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>
<i>Kass v. Kass</i>	1998	N.Y.S.2d 350
<i>Davis v. Davis</i>	1992	(Tenn.) (842 S.W. 2d 588)

Israel

<i>Ref.</i>	<i>Partes</i>
50(4) P.D. 661 (Isr)	<i>Nachmani v. Nachmani</i>

7. Bibliografía

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar (2003), *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva (Derecho Español y Comparado)*, Thomson-Aranzadi, Navarra.

BERGER, Gary S., "Clomid, Use and Abuse", *Internacional Council on Infertility Information Dissemination, Inc* (www.inciid.org/printpage.php?cat=infertility101&id=249).

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2006), "La tecnología procreativa en Europa. Análisis de las leyes francesa e italiana", *Actualidad del derecho sanitario* N° 132, Noviembre 2006, pp. 870 y ss.

BOELE-WOELKI, Katharina (Ed.) (2003), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York.

BURNS, Seamus (2006), "Is a Bright-line the Right line?", *New Law Journal*, 156 NLJ 565.

BURRELL, Riitta (2005), *Assisted Reproduction in the Nordic Countries. A Comparative Studie of policies and regulation*, Norden - Nordic Committee on Bioethics.

DE LORA, Pablo (2003), "¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones «supernumerarios»", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo I.

DEBOVE, Frédéric; SALOMON, Renaud; JANVILLE, Thomas (2006), *Droit de la Famille*, 2^e édition, Vuibert, Paris.

DORNER, Dalia, "Jurisprudence in the Age of Biotechnology. An Israeli Case Analysis", *Annals of the New York Academy of Sciences* (www.annalsnyas.org/cgi/content/full/913/1/188).

FUSCALDO, Giuliana (2000), "Gamete donation: when does consent become irrevocable?", *Human Reproduction* vol. 15 no. 3, pp. 515-519.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.

KATZ, Sanford N.; EEKELAAR, John & MACLEAN, Mavis (2001), *Cross Currents: Family Law Policy in the United States and England*, OUP.

PANTALEÓN, Fernando (1993), "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 15.

SAMILOFF, Julian (2006), "Whose Embryo is it Anyway?", *New Law Journal*, 156 NLJ 786.

SHAPO, Helene S., "Frozen Pre-embryos and the Right to Change One's Mind" (www.law.duke.edu/journals/djcl/articles/djcl12p75.htm).