

De qui són els embrions? Crisi de parella i revocació del consentiment a la reproducció assistida

Comentari a la STEDH, Sec. 4a., de 7.3.2006, *Evans v. The U.K.*

Esther Farnós Amorós

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

408

Abstract

El passat 7.3.2006, la Sec. 4a. del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) resolgué Evans v. The U.K.. En el cas, produïda la ruptura de la parella, l'home revocà el consentiment prestat inicialment per a la utilització de sis preembrions congelats que havien estat creats amb el seu esperma i amb els òvuls de la recurrent, qui volia que li fossin implantats. Les successives instàncies judicials britàniques confirmaren la revocació, com també el TEDH, que tingué en compte que la Llei anglesa atorga aquesta possibilitat, que el contracte amb la clínica també la preveia, i que un embrió no té dret a la vida en els termes del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals. En aquest treball es comenta la sentència, que es troba pendent de resolució per la Gran Sala, i es presenta, breument, l'estat de la qüestió a Europa.

Sumari

- 1. Antecedents de fet**
- 2. La *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990**
- 3. Anàlisi de la decisió**
 - 3.1. Dret a la vida**
 - 3.2. Dret al respecte a la vida privada i familiar**
 - 3.3. Prohibició de discriminació**
 - 3.4. Casos similars**
- 4. Estat de la qüestió a Europa**
- 5. Conclusions**
- 6. Llista de casos citats**
- 7. Bibliografia**

1. Antecedents de fet

Natallie Evans tenia un cicle menstrual irregular amb nivells baixos de progesterona a la sang, el que li impedia ovular amb normalitat. Després d'intentar durant dos anys tenir un fill amb el seu marit, el 1995 va començar a prendre *Clomid*, un medicament inductor de l'ovulació.

El citrat de clomifè (CC, *Clomid*, *Serophene*) acostuma a ser el primer tractament contra la infertilitat. Es tracta d'un medicament relativament barat i que es pren amb facilitat (normalment, cinc cops al mes per via oral). Aquest entra en contacte amb tots els teixits del cos que tenen receptors d'estrogen i estimula les quatre hormones que es requereixen per a l'ovulació, el que permet ovular el 85% de les dones que l'utilitzen, encara que només la meitat aconsegueixen quedar embarassades (Fonts: *Diccionari enciclopèdic de medicina*, Grup Enciclopèdia Catalana; *Internacional Council on Infertility Information Dissemination, Inc*).

Després de dos anys sense que l'embaràs es produís, els metges de la clínica privada de Bath (Regne Unit) que tractaven la dona van recomanar que el matrimoni recorregués a la reproducció assistida. No obstant, com a conseqüència de la seva separació, aquests tractaments mai es van arribar a realitzar.

L'any 2000, Natallie i la seva aleshores nova parella, Howard Johnston, van decidir tenir un fill, per la qual cosa la dona va tornar a prendre *Clomid*. En veure que tampoc quedava embarassada, se li van practicar diverses proves que van conduir a què l'octubre de 2001 se li diagnosticuessin tumors pre-cancerígens en tots dos ovaris.

Des dels noranta, diversos estudis britànics han subratllat la possible relació entre els medicaments per combatre la infertilitat i el càncer d'ovaris (KATZ, EEKELAAR & MACLEAN, 2001, p. 174). La majoria apunten a la infertilitat en si mateixa, més que a l'ús de *Clomid* i altres medicaments, com a causa de la malaltia (*Internacional Council on Infertility Information Dissemination*).

Com que els tumors creixien lentament, es va informar la parella de què amb anterioritat a l'extirpació dels ovaris era possible extreure alguns òvuls a la dona per tal que fossin fertilitzats "in vitro" amb espermata de l'home. En aquest moment, Natallie va preguntar si era possible congelar únicament els seus òvuls.

Fins a la data, només dues dones, en base a objeccions religioses a la congelació de preembrions, han pogut tenir fills a partir de la congelació d'òvuls, possibilitat que ofereixen 23 clíniques del Regne Unit. En els últims temps l'eficàcia d'aquest procediment ha augmentat de forma significativa. La vitrificació, mitjançant la qual s'extreu humitat de l'òvul i s'hi afegeix una substància descongelant, permet que el 95% dels òvuls sobrevisqui la descongelació i que s'assoleixin unes taxes d'embarassos del 25% a través de fecundació "in vitro". L'extracció i congelació dels teixits ovàrics abans que la dona se sotmeti a tractaments contra el càncer és una altra de les tècniques considerades altament eficaces, i presenta més avantatges que la congelació d'òvuls, ja que el teixit ovàric sobreviu molt bé al procés de congelació, restaura els cicles menstruals quan es reimplanta i conté més òvuls que els que es poden obtenir abans que una dona se sotmeti a quimioteràpia o radioteràpia (Alexandra FREAN, "Woman denied use of

[embryos without her partner's consent](#)", *The Times*, 8.3.2006, pp. 6-7; Madeleine BUNTING and Catherine BENNETT, "[Whose embryo is it anyway?](#)", *The Guardian*, 9.3.2006, pp. 6-9).

Natallie va ser informada que la clínica en qüestió no portava a terme aquest tractament i que la congelació de preembrions presentava més probabilitats d'èxit. Tot i això, la probabilitat que els preembrions sobrevisquin també és limitada, en tant que entre el 60 i el 70% no sobreviuen la descongelació i, en cas de fer-ho, la implantació a l'úter de la pacient presenta molts riscos.

Els embrions, a diferència dels "preembrions" o "embrions preimplantatoris", que poden ser crioconservats, es formen per la implantació del cigot a l'úter al voltant del catorzè dia després de la fecundació. L'art.1.2ⁿ de la nova [Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida](#) (BOE núm. 126, de 27.5.2006, pp. 19947-19956), en endavant LTRHA, defineix el concepte en els termes següents: "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". Malgrat la distinció, és freqüent l'ús del terme "embrió" per designar el preembrió, com fa la sentència del TEDH en el present cas i l'art. 1 de la pròpia [Human Fertilisation and Embriology Act](#) de 1990 (en endavant, HFEA).

Davant dels dubtes manifestats per la dona, la seva parella li reiterà que la relació duraria sempre i que volia tenir un fill amb ella. Tots dos van ser informats de què haurien de signar un contracte amb la clínica consentint al tractament i que, d'acord amb la Secció 4 de l'Annex 3 de la HFEA, qualsevol d'ells podia revocar el seu consentiment en algun moment anterior a la implantació dels preembrions a l'úter de la dona. A més, en una de les clàusules del contracte s'admetia que en cas de cessació de la relació per divorci o separació judicial, l'emmagatzematge i ús dels embrions s'hauria de sotmetre a revisió. La parella va ser informada que la clàusula en qüestió s'aplicava per igual als convivents "more uxorio", com també de l'obligació de cadascun de notificar la clínica en cas que es produís algun canvi en la seva relació. El novembre de 2001, un mes després del diagnòstic, es fertilitzà el material genètic i es conservaren els sis preembrions resultants.

Tot seguit, la dona es va sotmetre a l'operació d'extirpació d'ovaris, després de la qual va ser informada de què calia esperar un mínim de dos anys per a la implantació. No obstant, el maig de 2002 la relació es dissolgué. En aquest moment la parella discutí el futur que s'havia de donar als preembrions, sense arribar a cap acord, per la qual cosa l'home notificà la ruptura a la clínica i en sol·licità la destrucció.

Natallie, qui s'oposava a la destrucció dels preembrions, demandà la clínica davant de la *High Court*, que l'1 d'octubre de 2003 desestimà la demanda (*Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others*). Per la seva banda, el 25 de juny de 2004 la *Court of Appeal* desestimà el recurs. Finalment, el 29 de novembre de 2004 la *House of Lords*, n'acordà la inadmissió.

2. *La Human Fertilisation and Embriology Act de 1990*

El paràgraf 1 de l'Annex 3 de la HFEA ("Consentiment a la utilització de gàmetes i embrions") disposa que aquest consentiment s'ha d'atorgar per escrit i que s'entén per "consentiment efectiu" el que no ha estat revocat.

Mitjançant la possibilitat de revocar el consentiment a la utilització dels preembrions, la HFEA vol assegurar que l'home i la dona que aporten les gàmetes mantenen la seva voluntat des de l'inici del tractament fins a la implantació dels preembrions. Per això, el paràgraf 4 de l'Annex 3 de la Llei, que porta per títol "Variació i revocació del consentiment", estableix que:

"(1) Els termes en què s'expressa el consentiment poden variar d'un moment a l'altre, i el consentiment es pot revocar, si així es fa saber per la persona que l'atorgà a la persona que té cura de les gàmetes o de l'embrió, i per a la qual el consentiment és rellevant; (2) Els termes del consentiment a l'ús de qualsevol embrió no es poden modificar, i el consentiment no es pot revocar, un cop l'embrió ja ha estat utilitzat: a) en els tractaments corresponents o ; b) pels objectius d'un projecte de recerca".

La Llei guarda silenci en relació a la ruptura de la parella mentre dura el procés de fecundació "in vitro". Malgrat l'anterior, res no impedeix que el contracte amb la clínica de reproducció assistida inclogui una clàusula segons la qual aquest consentiment s'haurà de renovar cada cert temps per les dues parts i, en tot cas, si es produeix la ruptura de la parella, com succeí a *Evans v. The U.K.*

Al respecte, la doctrina ha posat de relleu que en cas de divorci qualsevol de les parts pot revocar el seu consentiment a l'emmagatzematge o ús dels preembrions creats amb el seu consentiment. El consentiment es presenta com l'element clau per disposar del propi material genètic, de manera que l'interès superior que cal protegir se situa en la preservació de la integritat corporal i en el control sobre el destí d'aquest material (KATZ, EEKELAAR & MACLEAN, 2001, pp. 174-175). A Espanya, tot i que la qüestió ha estat poc tractada, també s'ha plantejat el destí dels preembrions en cas de separació o divorci (DE LORA, 2003, pp. 102 i ss.).

D'altra banda, la Secció 14 (4) de la HFEA estableix que els preembrions s'hauran de destruir després de cinc anys del seu emmagatzematge.

Així, en el cas, en absència de revocació del consentiment per cap de les parts, la parella podia disposar dels preembrions a partir del novembre de 2003, un cop transcorregut el període mínim de dos anys des de l'operació d'extirpació d'ovaris a què se sotmeté la dona, i fins a l'octubre de 2006.

3. *Anàlisi de la decisió*

Fent ús del dret que reconeix l'art. 34 del [Conveni per a la Protecció dels Dret Humans i de les Llibertats Fonamentals](#) (en endavant, el Conveni), entre d'altres, a les persones físiques que es considerin víctimes d'una violació dels drets en ell reconeguts per un dels Estats

part, Natallie interposà recurs davant del TEDH. En compliment d'allò establert per l'art. 35, la recurrent esgotà les vies internes i interposà recurs dins del termini de sis mesos des de la data de la resolució definitiva de la *House of Lords*. Segons la recurrent, les sentències desestimatòries dels tribunals nacionals havien vulnerat el dret a la vida, al respecte a la vida privada i familiar, i la prohibició de discriminació, reconeguts en els articles 2, 8 i 14 del Conveni, fet a Roma a el 4 de novembre de 1950, i incorporat al dret nacional del Regne Unit a partir de l'entrada en vigor de la *Human Rights Act* de 1998, l'octubre de 2000.

El funcionament del TEDH es regula en el Títol II del Conveni. D'acord amb l'art. 27, el Tribunal pot actuar en Comitès formats per tres jutges, en Sales de set jutges o en una Gran Sala de disset jutges. Les Sales es componen d'alguns dels jutges d'una de les cinc seccions. La seva constitució és rotatòria i, entre d'altres, en formen part el President de la Secció i el Jutge escollit a títol de l'Estat en qüestió (per a més informació: <http://www.echr.coe.int/ECHR/>).

El TEDH analitza un per un el contingut dels articles invocats i conclou que la possibilitat de revocar el consentiment prestat inicialment a la fecundació no els vulnera, per la qual cosa desestima el recurs per cinc vots contra dos.

La sentència de la Sec. 4a. del TEDH ha estat objecte de nou recurs per Natallie Evans, el qual es troba ara pendent de resolució per la Gran Sala, en els termes de l'art. 43 del Conveni. D'acord amb aquest article, en el termini de tres mesos des de la data de la sentència d'una Sala, qualsevol part en l'assumpte pot sol·licitar-ne la remissió davant de la Gran Sala. Un col·legi de cinc jutges haurà de decidir si la demanda planteja una qüestió greu relativa a la interpretació o a l'aplicació del Conveni o dels seus Protocols, o una qüestió greu de caràcter general, i en cas afirmatiu la Gran Sala es pronunciarà sobre l'assumpte mitjançant sentència que, d'acord amb l'art. 44.1 del Conveni, serà definitiva.

3.1. Dret a la vida

Segons la recurrent, la possibilitat que atorga la llei anglesa de revocar el consentiment a la utilització dels preembrions viola el seu dret a la vida, que es desprèn de l'article 2.1 del Conveni, segons el qual "El dret de tota persona a la vida està protegit per la Llei (...)".

El TEDH, al·ludint al precedent *Vo v. France*, de 8.7.2004, afirma que en absència de consens europeu sobre la definició legal i científica de l'inici de la vida, la qüestió es troba dintre del marge d'apreciació de cada Estat (§ 82). Malgrat que l'embrió i el fetus pertanyen a l'espècie humana i mereixen protecció, l'anterior no els converteix en persones amb un dret a la vida en els termes de l'article 2 (§ 84).

Segons el Tribunal, d'acord amb la legislació anglesa un embrió no té drets ni interessos independents, per la qual cosa no té un dret a la vida protegible per l'article 2 (§ 46).

Cal recórrer a les decisions prèvies dels tribunals anglesos en el cas *Evans* per tal de clarificar la remissió genèrica del TEDH a la legislació anglesa i determinar a partir de quin moment considera que existeix vida humana protegible:

Per la *High Court*, si de les sentències de la *Court of Appeal* es desprèn que un fetus no té un dret a la vida protegit per l'article 2 [així, entre d'altres, *Re F (in utero)* [1988]; *Re MB (Medical Treatment)* (1997)], com que un embrió es troba en un estadi inferior de gestació, tampoc tindrà dret a la vida (§ 174-179).

La *Court of Appeal* (§ 106-107) té en compte, en primer lloc, l'*Abortion Act* de 1967, segons la qual el límit per a la interrupció de l'embaràs són les 24 setmanes, excepte que hi hagi un risc substancial de discapacitat per al fetus o un risc substancial per a la vida o salut de la mare [Secció 1(1) *Abortion Act* (1967), reformada per la HFEA]. En segon lloc, afirma que un embrió té el potencial de ser una persona però no és en si mateix una persona, per la qual cosa no té un dret qualificat a la vida. Finalment, considera que la HFEA tampoc reconeix cap dret a la vida a l'embrió, ja que aquest s'ha de destruir després de cinc anys de la seva creació (o abans, si cada part revoca el seu consentiment).

3.2. Dret al respecte a la vida privada i familiar

Com a conseqüència de l'operació d'extirpació d'ovaris a què es va haver de sotmetre la dona, els preembrions representaven la seva única oportunitat de tenir un fill biològic. Sota aquest argument, la recurrent considerà que les decisions dels Tribunals nacionals van vulnerar el seu dret al respecte a la vida privada i familiar reconegut per l'article 8 del Conveni, concretat en aquest cas en el dret a constituir una família.

L'article disposa que "1. Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència. 2. No hi podrà haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó en tant en quant aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública i el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres."

El TEDH ja havia tingut oportunitat de pronunciar-se sobre l'art. 8 en les relacions familiars. Segons la jurisprudència del Tribunal Europeu, les relacions familiars formen part del concepte de "vida privada" que ha de ser respectada [*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 cas, el TEDH sotmet l'article 8 a una anàlisi exhaustiva, plantejant-se si el respecte a la vida privada comporta una obligació positiva per part de l'Estat d'assegurar la implantació del preembrió a la dona que ha iniciat un tractament de fecundació "in vitro", malgrat la revocació del consentiment a la utilització del material genètic per part de la seva exparella.

Segons el Tribunal, la referència de l'article 8 a la "vida privada" comprèn tant la decisió de ser pare o mare com la de no ser-ho. No obstant, s'afirma que no hi ha consens internacional en relació al moment en què una de les parts pot revocar el consentiment atorgat per a l'ús del seu material genètic en els tractaments de fecundació "in vitro" (§ 56-66). La finalitat de la HFEA és assegurar que el consentiment es manté des dels inicis del tractament fins al moment de la implantació de l'embrió en l'úter de la dona.

Amb això, el Tribunal emfatitza el paper decisiu que la HFEA atorga al consentiment continuat i bilateral fins a la implantació dels embrions en l'úter de la dona [en aquest mateix sentit, BURNS (2006), p. 2].

Els tribunals nacionals del Regne Unit s'havien pronunciat sobre la importància del consentiment a la fecundació "in vitro" en dues ocasions. D'una banda, la *Court of Appeal* en el cas *Diane Blood* (1997) impedí a la demandant la utilització de l'esperma del marit mort atès que aquest mai havia atorgat el seu consentiment escrit a la fecundació "in vitro". D'altra banda, la *High Court* a *In Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* (2003), en què una dona de raça blanca havia estat inseminada per error amb esperma d'un donant de raça negra, sostingué que el marit de la dona, també de raça blanca, no podia ser considerat el pare legal dels bessons en tant que no havia consentit per escrit a què la dona fos inseminada amb material genètic d'un tercer.

En conseqüència, el TEDH considera que el Regne Unit no ha superat el marge d'apreciació que permet l'article 8.2, per la qual cosa no aprecia violació del Conveni en aquest punt (§ 69).

3.3. Prohibició de discriminació

Segons la recurrent, el fet que una dona sotmesa a fecundació "in vitro" depengui de la voluntat de la part que aporta l'esperma infringeix l'article 14 del Conveni, en relació a les dones aptes per a procrear sense assistència mèdica, les quals poden escollir amb total llibertat el destí que volen reservar als seus òvuls fecundats.

L'article 14 disposa que "El gaudi dels drets i llibertats reconeguts en el present Conveni s'ha d'assegurar sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació".

Pel Govern del Regne Unit no existeix discriminació, ja que la diferència de tracte que conté la HFEA en relació a les dones sotmeses a fecundació "in vitro" es troba justificada per raons objectives.

En relació amb aquesta qüestió, una consulta governamental que va tenir lloc al Regne Unit l'any 2005 conclougué que el fet que únicament la dona tingués dret a decidir sobre la implantació de l'embrió s'assimilaria més a la concepció natural [SAMILOFF (2006), p. 2].

El TEDH considera que no pot existir violació de l'article 14 pels mateixos motius pels quals no existeix violació de l'article 8, per la qual cosa prescindeix d'analitzar el fons de la qüestió (§ 70-75).

3.4. Casos similars

Els dos vots particulars que es formulen a la sentència fan prevaler el dret de la dona a ser mare, en la línia de la decisió del Tribunal Suprem israelià a *Nachmani v. Nachmani* [50(4) P.D. 661 (Isr)]. En el cas, es reconegué el dret d'una dona que no podia tenir fills biològics d'una altra manera a continuar amb el tractament de fecundació "in vitro" després que

l'exmarit, com a conseqüència del divorci, revoqués el consentiment a l'ús dels preembrions (atès que no es disposa d'una traducció de les decisions prèvies, ni de la del Tribunal Suprem israelià, per una aproximació al cas, vegeu DORNER www.annalsnyas.org/cgi/content/full/913/1/188).

El matrimoni Nachmani havia recorregut a la fecundació "in vitro" amb la intenció que els preembrions creats amb el seu material genètic s'implantessin a una mare subrogada, amb qui s'havia signat un acord pel qual es regulava la disposició dels preembrions en cas de separació. El tribunal del districte resolgué a favor de l'esposa, tot argumentant que el marit no podia revocar el consentiment a l'ús dels preembrions, com tampoc ho podria fer un home que ha de ser pare per mitjans naturals. Per contra, en la seva primera decisió el Tribunal Suprem israelià resolgué en base al dret fonamental de l'home a no ser pare. Ara bé, en la revisió del cas el Tribunal es tornà a pronunciar a favor de l'esposa, tot tenint en compte la seva manca d'alternatives per tenir un fill biològic.

El cas israelià presenta molts punts en comú amb el supòsit de fet que ens ocupa. Tant el Tribunal Suprem israelià com els jutges dissidents a *Evans v. The U.K.*, consideren decisiu analitzar les alternatives de cada part per tal de realitzar el seu dret, de manera que quan el dret d'un destrueix completament el dret de l'altre, cal atorgar preferència a aquest últim.

A diferència del TEDH, el Tribunal israelià decideix a favor del dret de la dona a ser mare fent una valoració dels diferents drets en conflicte, el que s'explicaria per l'absència d'una llei nacional que reguli la qüestió i perquè les parts no havien signat cap contracte amb la clínica sobre l'abast del consentiment a la utilització de les tècniques.

Als Estats Units d'Amèrica, on el Tribunal Suprem Federal encara no ha tingut oportunitat de pronunciar-se, les disputes sobre la disposició de preembrions es regulen, sobretot, a través del *Common Law* [ALKORTA (2003), p. 95]. En la seva sentència, el TEDH al·ludeix a alguns dels casos resolts per tribunals suprems estatals nord-americans en què s'ha plantejat la qüestió [per a una anàlisi més detallada d'aquests casos vegeu, entre d'altres, SHAPO: www.law.duke.edu/journals/djcil/articles/djcil12p75.htm].

El primer cas nord-americà en què es discutí la "titularitat" dels preembrions un cop sorgida la crisi matrimonial és *Davis v. Davis* [842 S.W. 2d 588 (1992)], en el qual el Tribunal Suprem de Tennessee afirmà que tant l'home com la dona podien imposar el seu criteri de què no es portés a terme la implantació dels preembrions, excepte que aquests fossin l'única opció que permetés a una part tenir fills biològics.

En un altre supòsit de divorci, *Kass v. Kass* [673 N.Y.S.2d 350 (1998)], l'exesposa sol·licità la custòdia dels preembrions congelats després de diversos intents infructuosos de fertilització "in vitro", amb l'oposició del seu exmarit. Durant el matrimoni, la parella havia signat un acord segons el qual en cas que les parts no volguessin iniciar l'embaràs o no poguessin decidir sobre el destí dels preembrions, aquests es destinarien a la recerca. La *Court of Appeal* de Nova York donà validesa a l'acord.

4. Estat de la qüestió a Europa

Abans de resoldre sobre el fons de l'assumpte, el TEDH fa una anàlisi de la Llei nacional aplicable al cas, la HFEA, com també d'alguns textos de dret internacional, i apunta en línies generals la postura adoptada en la matèria per alguns Estats Membres del Consell d'Europa.

A nivell internacional, cap dels dos textos legals que tracten la qüestió del consentiment i la seva revocació en l'àmbit mèdic fa referència als tractaments de reproducció assistida.

Així, l'article 5 de la [Convenció Europea de Drets Humans i Biomedicina](#), feta a Oviedo el 4 d'abril de 1997, requereix el consentiment informat de la persona interessada per qualsevol intervenció en la seva salut, consentiment que es pot revocar lliurement en qualsevol moment. Per la seva banda, l'article 6 de la [Declaració Universal de la UNESCO sobre Bioètica i Drets Humans](#), de 19 d'octubre de 2005, estableix que el consentiment informat s'ha d'expressar i pot ser revocat per la persona interessada en qualsevol moment i per qualsevol raó sense desavantatge o perjudici per a ella:

Entre els Estats Membres de la Unió Europea, el Regne Unit no és l'únic que garanteix a les dues parts d'un tractament de reproducció assistida el dret a revocar el consentiment a l'ús o emmagatzematge del seu material genètic. Ara bé, el moment de revocació d'aquest consentiment no rep un tractament uniforme.

De l'informe del Consell d'Europa de 1998 sobre assistència mèdica a la procreació i protecció de l'embrió humà (estudi comparatiu sobre la situació en trenta-nou països) que cita la STEDH es desprèn que les lleis danesa, francesa, grega i suïssa preveuen expressament el dret de les parts a revocar el consentiment en qualsevol moment anterior a la implantació de l'embrió en l'úter de la dona. A Holanda aquest dret figura en els textos d'aplicació, a Alemanya, Bèlgica i Finlàndia deriva de la pràctica clínica, mentre que Islàndia, Suècia i Turquia reconeixen, en la seva legislació o en la pràctica, a l'home el mateix dret de vet que la llei anglesa (§31). Per contra, a Hongria, es té en compte que la reproducció assistida representa una càrrega molt més gran per la dona que per a l'home, motiu pel qual s'autoritza la dona a prosseguir amb el tractament tot i la mort de l'altra part o el divorci de la parella, excepte que per escrit s'expressi el contrari. A Àustria, Estònia i Itàlia, l'home només pot revocar el seu consentiment fins la fecundació, moment a partir del qual és la dona qui decideix si continua amb el tractament (§32).

Les lleis francesa i suïssa, de manera similar al que disposa la HFEA, reconeixen expressament a cada part el dret a revocar el seu consentiment en qualsevol moment abans de la implantació del preembrió en l'úter de la dona:

L'article 152-3 de la Llei 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) permet que els dos membres de la parella acordin per escrit la conservació d'embrions amb la intenció de realitzar la seva demanda parental en un termini de cinc anys. Cada any abans de la finalització del mencionat termini l'home i la dona han de manifestar si mantenen aquesta demanda. Amb més detall, l'art. 2141-2 de la [LOI no 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique](#) (JORF 7.8.2004) nega efectes al consentiment en cas de mort d'una de les parts, divorci, separació judicial o cessació de la

comunitat de vida anterior a la realització de la procreació assistida, com també quan l'home o la dona el revoqui per escrit abans de la realització de la transferència embrionària.

Segons l'article 7 de la Llei Suïssa de procreació, la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998* (publicada al [recull de dret federal de la Confederació Suïssa](#)), la parella ha de prestar el seu consentiment a la reproducció assistida per escrit, i aquest consentiment s'ha de renovar un cop es produeixin els diferents cicles del tractament sense resultat. Així mateix, la descongelació dels òvuls fecundats se subordina novament al consentiment escrit dels dos membres de la parella.

Per contra, a Itàlia el consentiment només es pot revocar per cada part amb anterioritat a la fecundació:

L'article 6.3 de la Llei italiana de procreació assistida, [Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita](#) (*Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004*), estableix que la voluntat dels dos subjectes d'accedir a les tècniques de reproducció assistida s'ha de manifestar conjuntament i per escrit al metge responsable del centre on aquestes tècniques s'han de portar a terme. Així mateix, entre la manifestació d'aquesta voluntat i l'aplicació de les tècniques han de transcórrer, com a mínim, set dies, i qualsevol dels dos subjectes pot revocar el seu consentiment fins al moment de la fecundació de l'òvul.

La Llei alemanya núm. 745/9 de protecció de l'embrió, la [Gesetz zum Schutz von Embryonen](#) (*Embryonenschutzgesetz - ESchG*) de 1990, en vigor des de l'1 de gener de 1991, no regula l'aplicació de la tecnologia reproductiva, sinó que es limita a establir una sèrie de prohibicions relatives a la manipulació d'embrions humans.

A Islàndia, el [Reglament núm. 568/1997 sobre Tècniques de Reproducció Assistida](#), que implementa la [Llei 55/1996, de 29 de maig](#), requereix que abans de la transferència de l'embrió a l'úter de la dona les parts que han aportat el material genètic expressin de nou el seu consentiment formal (art. 15). Els embrions només es poden emmagatzemar fins a un màxim de cinc anys, termini després del qual han de ser destruïts. La disposició és novedosa perquè atribueix aquest mateix destí als embrions quan l'home i la dona que van aportar les seves gàmetes posen fi al matrimoni o a la convivència, com també en cas de mort de qualsevol dels dos (art. 16).

A Espanya, un informe de 1998 de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* advertia de l'existència de més de 30.000 preembrions congelats dipositats als bancs dels centres autoritzats. D'acord amb les dades de la *Sociedad Española de Fertilidad*, la taxa de transferències d'embrions congelats és molt baixa (només representen el 21,5% del total de les transferències), i aquests només aconseguen una implantació del 13,8% dels casos, enfront del 25,3% d'embarassos assolits per transferència d'embrions frescos.

L'article 3.5 de la nova LTRHA estableix que la dona receptora de les tècniques pot demanar que se'n suspengui l'aplicació en qualsevol moment anterior a la transferència embrionària:

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”.

Per la seva banda, l'article 6.3 estableix gairebé el mateix que la Llei anterior pel que fa al consentiment, si bé en millora tècnicament la redacció. Ara bé, el seu primer incís només esmenta el “marit” de la dona casada, el que és incoherent amb 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”.

La nova Llei, però, ha anat un pas més enllà, i entre els destins possibles dels preembrions crioconservats sobrants, entre d'altre material reproductiu, contempla la utilització per la pròpia dona o el seu cònjuge [art. 11.4 a)]. Aquest consentiment s'haurà d'haver prestat per la dona o, en el cas de la dona casada amb un home, també pel marit, amb anterioritat a la generació dels preembrions (art. 11.5). L'incís segueix sense tenir en compte la parella “more uxorio” de la dona o la dona cònjuge de la usuària.

El consentiment per a donar als preembrions qualsevol dels destins que preveu la norma podrà ser modificat en qualsevol moment anterior a l'aplicació. Com a mínim cada dos anys, se sol licitarà la renovació o modificació del consentiment signat prèviament per part de la dona o de la parella. Si no hi ha resposta durant dues renovacions consecutives, els preembrions quedaran a disposició dels centres en què es trobin crioconservats (art. 11.6).

Entre els autors que s'han pronunciat a Espanya sobre la qüestió concreta de si procedirà la transferència a l'úter de la dona del preembrió fecundat “in vitro” amb el semen del marit o parella quan aquesta canvia de parer, una primera opinió considera que l'home no pot impedir la continuació del procediment. En canvi, si ell volgués que es culminés però la dona no en desitgés la implantació o la inseminació, el seu criteri no podria prevaler enfront del de la dona [PANTALEÓN (1993), p. 137]. Per contra, una segona opinió sosté que també l'home casat o parella hauria de poder revocar el consentiment a la fecundació [DE LORA (2003), p. 103].

5. Conclusions

La resolució d'*Evans v. The U.K.* per la Sec. 4a. del TEDH posa de manifest que en cas de desacord sobre el destí dels preembrions crioconservats, la solució final varia segons es facin prevaler els drets dels mateixos, les alternatives de les parts aportants del material genètic o els possibles pactes previs entre les parts.

En el cas que ens ocupa, la recurrent en base a l'art. 8 del Conveni argumentava que la revocació del consentiment a l'ús dels preembrions per part de la seva exparella vulnerava el seu dret a la vida privada i familiar, que aquí es manifesta en el dret a la reproducció. Al

respecte, també es podria sostenir que si s'atorga a la dona el control dels preembrions, aquesta no requereix d'un tercer per ser mare, a més que sempre és ella qui té el control de la decisió de continuar amb l'embaràs dintre dels terminis legals. No obstant, cal tenir present que ser pare contra la pròpia voluntat també vulnera el dret de l'home a la vida privada i familiar, el que acaba convertint *Evans v. The U.K.* en un "cas difícil".

Un cop admès el caràcter relatiu del dret en conflicte, com també que els preembrions no constitueixen "vida humana" protegible, el TEDH prescindeix d'efectuar una ponderació de drets i opta per analitzar la qüestió des del punt de vista de la llei aplicable i del contingut del contracte que les parts havien signat amb la clínica.

Atesa l'especial transcendència de la qüestió en els supòsits de ruptura de la parella i la seva manca de regulació per part dels Estats Membres, la futura sentència de la Gran Sala s'hauria de pronunciar sobre els límits del pacte en aquesta matèria i sobre el destí dels preembrions quan no hi ha acord al respecte. La sentència deixa a l'àrbitri de cada Estat el moment en què s'ha de portar a terme la revocació, amb la qual cosa, un cop més, el Tribunal d'Estrasburg actua com a catalitzador de l'harmonització del dret de família, tot mantenint uns estàndards mínims que, per la pròpia naturalesa d'aquest dret, correspon fixar a cada Estat.

6. Llista de casos citats

Tribunal Europeu de Drets Humans

<i>Sec. i data</i>	<i>Assumpte</i>	<i>President</i>	<i>Parts</i>
4a., 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 espanyol

<i>Sala i data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponent</i>	<i>Assumpte</i>
Ple, 17.6.1999	RTC 1999/116	Pablo García Manzano	<i>Recurs d'inconstitucionalitat contra determinats preceptes de la Ley 35/1988, de 22 de novembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida</i>

*Regne Unit**High Court*

<i>Sec. i Data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Parts</i>
Family Division, 1.10.2003	EWHC 2161 (Fam), (2005) Fam 1, pp. 1-66	<i>Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others</i> (Secretary of State for Health and another intervening)
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. i Data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Parts</i>
Civil Division, 25.6.2004	(2004) EWCA Civ 727, (2005) Fam 1, pp. 1-34	<i>Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others</i> (Secretary of State for Health and another intervening)
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>

Estats Units d'Amèrica

<i>Cas</i>	<i>Any</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>Parts</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.*

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 i 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*.

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](#)".