

¿A QUIÉN PERTENECEN LOS EMBRIONES? FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA Y CRISIS DE PAREJA

Esther FARNÓS AMORÓS*

Resumen

El artículo analiza los conflictos que tienen por objeto los preembriones sobrantes de un ciclo de fecundación «in vitro» iniciado en el marco de un proyecto parental, una vez dicho proyecto se rompe por separación o divorcio. Estos conflictos constituyen un grupo de casos alrededor del cual no hay respuestas legislativas –o las que se ofrecen son incompletas– que permitan a los tribunales integrar el vacío normativo existente. Las elevadas tasas de divorcio, unidas al aumento del número de preembriones crioconservados, exigen una respuesta jurídica para estos conflictos. El presente trabajo formula una propuesta de solución basada en el carácter vinculante de los acuerdos previos sobre el destino de los preembriones, en la aprobación de normas para el caso de ausencia de acuerdo y, finalmente, en la imposibilidad de que se desplieguen efectos en materia de filiación si los preembriones sobrantes acaban siendo implantados tras la ruptura del proyecto parental.

Abstract

This article analyses conflicts over frozen embryos resulting from an «in vitro» fecundation cycle started in the context of a parental project, once the project is terminated by separation or divorce. These conflicts have formed an interesting case-law in which Courts having no statutory answers –or only incomplete ones– have had to fill the existing legal vacuum. High divorce rates, together with an increasing number of frozen embryos, demand a legal answer for those controversies. In this regard, the article suggests a possible solution based on the binding character of previous agreements on embryo disposition; on the approval of default rules in case of lack of an agreement; and finally on the possibility of severing parentage links in case the remaining embryos were implanted after the parental project were broken.

* Investigadora postdoctoral Alianza 4 Universidades (Universidad Autónoma de Madrid).
Doctora en derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Contacto: ester.farnos@uam.es/esther.farnos@upf.edu

Palabras clave

Técnicas de reproducción asistida, fecundación «in vitro», embrión, preembrión, filiación, proyecto parental, acuerdos previos, destino de los embriones, consentimiento informado.

Key words

Assisted reproductive technologies, «in vitro» fertilization, embryo, preembryo, parentage, parental project, previous agreements, embryo disposition decisions, informed consent.

SUMARIO: I. Introducción; II. Técnicas de reproducción asistida y derechos reproductivos; III. Consentimiento informado a la reproducción asistida y acuerdos sobre los preembriones; IV. Análisis de casos; V. Propuestas de solución: 1. Los acuerdos previos sobre la disposición de los preembriones; 2. Garantías del carácter vinculante de los acuerdos previos; 3. Reglas aplicables en ausencia de acuerdo; 4. Consecuencias de la implantación en materia de filiación; VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

MIENTRAS la proliferación de los métodos anticonceptivos durante los años sesenta permitió desvincular por primera vez sexualidad y reproducción, haciendo posible la primera sin la segunda, a partir de los setenta las técnicas de reproducción asistida (TRA) hicieron posible esta disociación en sentido inverso. Los primeros experimentos en humanos que tenían por objeto la recuperación o extracción de óvulos, la fertilización de los gametos «in vitro» con uso de medios mejorados de cultivo, así como la transferencia de cigotos o preembriones al útero condujeron en 1978 al nacimiento, en Oldham (Inglaterra), de Louise Brown, el primer bebé concebido mediante fecundación «in vitro» (FIV) (1). Este 2014 se cumplen treinta años del nacimiento en España del primer bebé concebido mediante dicha técnica (2).

En las páginas que siguen se analiza el papel del consentimiento a las TRA, y en particular a la FIV, en relación con los conflictos sobre la disposición de los preembriones criopreservados. Estos conflictos conforman un nuevo grupo de casos en materia reproductiva, alrededor del cual, o bien no hay soluciones legisla-

(1) STEPTOE, P. C.; EDWARDS, R. G., «Birth after the reimplantation of a human embryo», *The Lancet*, Vol. 312 (8085), 1978, p. 366.

(2) VEIGA, A., *El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.

tivas o, como definiendo en mi trabajo, las que existen son insatisfactorias, por incompletas. En España así lo pone de relieve el artículo 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) (3). Este grupo de casos constituye un buen pretexto para abordar los problemas ético-legales que plantea el consentimiento a las TRA, que si bien se expresa en unidad de acto, despliega dos efectos diferentes: por un lado, el de un consentimiento informado (CI) a la técnica en cuestión, que puede incluir un acuerdo sobre la disposición de los posibles preembriones resultantes; y, por el otro, el del consentimiento a la posible filiación resultante (4).

Más allá de sus implicaciones jurídicas, el análisis de esta cuestión no puede prescindir de unos mínimos conocimientos de los aspectos científico-técnicos de la infertilidad y del acceso a las TRA, ni de perspectivas como las que aportan los estudios de género o la bioética. Así, para empezar nos enfrentamos a conceptos ya de por sí controvertidos, como los de «embrión» y «preembrión». El término escogido, «preembrión», obedece en último lugar a razones meramente prácticas, ya que su definición científica varía en función de si el criterio delimitador se fundamenta en la fecundación, su implantación en el útero, la aparición de actividad cerebral, la identificación sexual del feto o su viabilidad. La opción por el término «preembrión» es coherente con la definición que utilizan tanto la LTRHA como la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (LIB) para designar genéricamente los óvulos fecundados de menos de 14 días y, por tanto, aún no implantados en el útero y sin individualidad biológica. El concepto comprende, por tanto, los embriones fecundados «in vitro», se encuentren o no crioconservados (5).

(3) De acuerdo con el apartado 4.º de dicho precepto, los posibles destinos de los preembriones crioconservados 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. (...) esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.» Del precepto no puede inferirse si cabe pactar alguno de estos destinos para el caso de ruptura del proyecto parental y, si en caso de surgir esta contingencia, el pacto sería vinculante, lo que tendría un interés especial en relación al destino consistente en la utilización de los preembriones por la propia mujer o su cónyuge, en particular en lo que a la atribución de la filiación se refiere. Además, en lugar de una previsión expresa sobre el carácter vinculante de la elección una vez finalizado el proyecto parental, el apartado 6.º del mismo precepto tan sólo contempla la posibilidad de modificar este consentimiento «en cualquier momento anterior a su utilización», sin especificar, en caso de acceso a las TRA por una pareja, si cabe la modificación unilateral. Dicho apartado prevé, también, la necesidad de renovación o modificación bianual de dicho consentimiento por parte de la mujer o de la pareja progenitora, de tal modo que si tras dos renovaciones consecutivas no puede obtenerse el consentimiento, «(...) los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados (...)».

(4) De estas dos cuestiones me ocupé en mi tesis doctoral «Ruptura del proyecto parental i disposició dels preembrions», defendida en la Universitat Pompeu Fabra en mayo de 2010, y dirigida por el Dr. Joan Egea Fernández. A dicho trabajo siguió la monografía *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

(5) El artículo 1.2 de la LTRHA dispone que «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». Idéntica definición proporciona el artículo 3 s) de la LIB.

II. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

Ningún texto legal internacional reconoce un derecho a procrear y los ordenamientos que lo hacen son excepcionales (6). En España el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, hoy seriamente cuestionada (7), reconoce por primera vez «el derecho a la maternidad libremente decidida». Ahora bien, dado el alcance de esta Ley se trata más bien de un derecho a la no maternidad, que se manifiesta mediante la sustitución del tradicional sistema de indicaciones por uno de plazos en materia de aborto.

En la mayoría de ordenamientos el derecho a procrear sólo puede inferirse de una interpretación amplia del derecho a fundar una familia o de los derechos reproductivos que se reconocen en varios textos internacionales desde las Conferencias sobre Población y Desarrollo y sobre la Mujer celebradas en El Cairo (1994) y Pequín (1995). Puesto que el valor legal de estos documentos se halla ampliamente cuestionado, en la práctica las decisiones procreativas han sido tuteladas a partir de los derechos humanos básicos relacionados con la posibilidad de escoger y decidir sobre distintos aspectos de la propia vida, como puede ser el derecho a la dignidad y, principalmente, los derechos a la intimidad y a la libertad, que amparan tanto la decisión de tener hijos, como la de no tenerlos.

La protección de las decisiones procreativas con base en la intimidad («privacy») encuentra sus orígenes en el *case-law* del TS Federal de EE.UU. de los años 60 y 70, en un grupo de casos sobre esterilización forzosa, anticoncepción y aborto (8). En Europa, a pesar del amplio margen de apreciación garantizado a los Estados miembros, a partir de casos como *Dickson v. The United Kingdom* (Gran Sala, 4.12.2007), *Evans v. The United Kingdom* (Gran Sala, 10.4.2007) o el más reciente *S. H. and others v. Austria* (Gran Sala, 3.11.2011), el TEDH ha contribuido al desarrollo de las decisiones procreativas, incluidas las derivadas del acceso a las TRA, puesto que entiende que forman parte del derecho a la vida privada. Aunque éste es

(6) El caso más llamativo es el de la República Popular de China, cuya Ley sobre Población y Planificación familiar de 29.12.2001 establece, en su artículo 17, que «Los ciudadanos tienen el derecho a procrear y la obligación de practicar la planificación familiar de acuerdo con la Ley (...)» (traducción de la autora, extraída del texto en inglés de la Ley: http://english.gov.cn/laws/2005-10/11/content_75954.htm). Dicho derecho se enmarca dentro del mandato constitucional y el deber de los esposos de planificación familiar, reconocido en los artículos 25 y 49 de la Constitución de la República Popular de China, de 1982 (versión en inglés disponible en: <http://english.people.com.cn/constitution/constitution.html>). En un contexto más próximo, la Constitución portuguesa reconoce en su artículo 67.2 e) que incumbe particularmente al Estado, en cuanto a la protección de la familia, «Reglamentar la procreación asistida en los términos que salvaguarden la dignidad de la persona humana» y el artículo 68.2 considera la maternidad y la paternidad «eminentes valores sociales». Para una versión actualizada de dicha Constitución, en castellano, *vid.* [http://www.teinteresa.es/mundo/Portugal-constitucion-reformada-ultima-vez_0_1040296704.html#sr=g&m=o&cp=or&ct=-tmc&st=\(opu%20qspwjefe\)&ts=1391085198](http://www.teinteresa.es/mundo/Portugal-constitucion-reformada-ultima-vez_0_1040296704.html#sr=g&m=o&cp=or&ct=-tmc&st=(opu%20qspwjefe)&ts=1391085198)

(7) *Vid.* el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, aprobado por el Ministerio de Justicia el 20 de diciembre de 2013.

(8) Entre los más destacados en cada una de las temáticas, *vid.*, respectivamente, *Skinner v. Oklahoma* [316 U. S. 535 (1942)]; *Griswold v. Connecticut* [381 U. S. 479 (1965)] y *Roe v. Wade* [410 U. S. 113 (1973)].

un derecho negativo o de no injerencia, según el Tribunal de Estrasburgo en determinadas circunstancias la eficacia de estas decisiones puede imponer a los poderes públicos una serie de obligaciones positivas que comprendan la adopción de medidas dirigidas a asegurar su respeto, incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre ellos.

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y ACUERDOS SOBRE LOS PREEMBRIONES

Como consentimiento informado, la expresión de la voluntad de acceso a las TRA tiene por objeto la autorización de la técnica concreta que debe llevarse a cabo, como puede ser la FIV, a la cual se recurre cuando otras técnicas menos agresivas han fracasado. Este acto también puede autorizar tratamientos accesorios, como la extracción del material genético, la recepción de gametos de donante o la crioconservación de los posibles preembriones sobrantes.

La principal ventaja de la crioconservación de preembriones, su mantenimiento en buen estado durante un tiempo indefinido, se convierte también en su principal inconveniente, puesto que facilita que mientras permanecen crioconservados surjan circunstancias que hagan inviable el fin inicialmente previsto, que es su implantación. Cada vez más, las parejas acostumbran a pactar un destino para el caso de contingencias futuras que impidan la implantación, como la separación o divorcio, pero también la muerte o incapacidad de una o ambas partes, el nacimiento de otros hijos o, incluso, una modificación sustancial de la situación económica de la familia. Desde su proliferación en EE.UU., la selección de este destino se ha convertido también en una rutina en muchos países europeos, donde normalmente se formaliza a petición del centro en los mismos documentos de CI a la FIV (9). La generalización de esta práctica permite cuestionar cuál debe ser la eficacia de la decisión tomada en un momento 1, vigente el proyecto parental, cuando por el cambio de circunstancias producido en un momento 2 (la ruptura de la pareja), los intereses de las partes resultan incompatibles respecto del destino de los preembriones.

IV. ANÁLISIS DE CASOS

En 1992 accedió a un tribunal superior la primera disputa sobre preembriones entre ex cónyuges, *Davis v. Davis* (842 S. W. 2d 588), resuelto por el TS de Tennessee. Tras seis ciclos infructuosos de FIV, el matrimonio Davis se sometió, de nuevo sin éxito, a un último programa con preembriones crioconservados. A diferencia de

(9) En España, la propuesta de incluir los llamados «árboles de decisiones» en los formularios de CI a la FIV se incluyó en el primer Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, de 1998. En la actualidad, los modelos estándar que proporciona la Sociedad Española de Fertilidad, que sirven de base a la mayoría de centros españoles, incluyen también esta opción: *vid.* cláusula 9 del documento de consentimiento a la FIV-ICSI con transferencia y congelación embrionaria (<http://nuevo.sefertilidad.com/consentimientos/pdf2008/08.pdf>).

lo que sucede en la actualidad, y posiblemente por la novedad que en el momento de los hechos todavía representaba la crioconservación de preembriones, las partes no firmaron ningún acuerdo sobre su disposición en atención a posibles circunstancias sobrevenidas. Como viene siendo común en este grupo de casos, el destino de los preembriones fue el único aspecto controvertido en el procedimiento posterior de divorcio, ya que en un primer momento la mujer solicitaba su implantación y, en una fase más avanzada del proceso, la donación a otras parejas (en definitiva, pretendía que los preembriones fueran utilizados con fines reproductivos). Por el contrario, el hombre acabó solicitando su destrucción. A partir de la ponderación de los derechos enfrentados y de la consideración de los preembriones como un «tertium genus» o bien susceptible de respeto especial por su potencial humano, pese a no ser ni persona ni cosa, el TS de Tennessee otorgó preferencia a la pretensión del hombre. El tribunal basó su pretensión en el «derecho a no ser forzado a procrear», considerando que la mujer tenía otras oportunidades razonables de tener hijos. El pronunciamiento destaca porque «obiter dicta» el TS de Tennessee reconoció que, de haber existido un acuerdo previo sobre los preembriones, éste sería vinculante. No obstante, como veremos, ésta no es la línea que han seguido los tribunales en casos posteriores.

Desde entonces, como mínimo nueve casos más han accedido a tribunales superiores norteamericanos. Fuera de EE.UU., en 1996 el TS de Israel decidió el primero y hasta el momento único caso en aquel país (*Nahmani v. Nahmani* CFH 2401/95, [1995-6] IsrLR 1). A finales de 2009 el TS de Irlanda resolvió uno de los tres casos planteados hasta la fecha en Europa (*Roche v. Roche*, 59/2007). Los dos anteriores se habían planteado antes en Reino Unido donde, dada su identidad de razón, fueron resueltos conjuntamente en sentido negativo para las dos mujeres actoras (10). Uno de estos casos, *Evans*, incluso accedió al TEDH (sec. 4.^a 7.3.2006), cuya Gran Sala (cit.) confirmó un año más tarde la negativa de las autoridades británicas a que la recurrente pudiera disponer de los preembriones crioconservados. Por su relevancia, me detendré en este caso más adelante. El 13 de septiembre de 2011 la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones civiles de la provincia de Buenos Aires (Argentina) resolvió *P, A v. S., A. C.*, el último caso de este grupo de que hay constancia.

En los cuadros siguientes se recogen los casos resueltos hasta la fecha. La distinción entre casos resueltos en EE.UU. y fuera de dicho país obedece a la práctica desregulación de las TRA en EE.UU., que determina que en ausencia de legislación aplicable sean las partes las que prevean el destino último que deberá darse a los posibles preembriones sobrantes. Las columnas distinguen en función del contenido del acuerdo previo o, en su caso, de la legislación aplicable, y de la pretensión de cada parte una vez producida la ruptura. La pretensión estimada por el tribunal aparece resaltada en la columna correspondiente. En la última columna, relativa a la decisión judicial, se resaltan los casos en que esta decisión es coincidente con el contenido del acuerdo previo.

(10) *Natallie Evans v. Amicus Healthcare Ltd., Howard Johnston et al. y Lorraine Hadley v. Midland Fertility Services, Fertilisation and Embryology Authority, Wadley Hadley et al.* ([2003] EWHC 2161 [Fam]).

Caso	Acuerdo previo	Pretensión ♀	Pretensión ♂	Decisión tribunal
<i>Davis v. Davis</i> (Tennessee, 1992)	Inexistente	Donación a otras parejas	Destrucción	“Derecho a no ser forzado a procrear”
<i>Kass v. Kass</i> (Nueva York, ‘98)	Investigación	Implantación a la mujer	Investigación	Investigación
<i>AZ v. BZ</i> (Massachusetts, 2000)	Implantación a la mujer	Implantación a la mujer	Prohibición uso	“Derecho a no ser forzado a procrear”
<i>JB v. MB</i> (Nueva Jersey, ‘01)	Disposición centro	Destrucción	Donación a otras parejas	“Derecho a no ser forzada a procrear”
<i>Litowitz v. Litowitz</i> (Washington, ‘02)	Destrucción	Implantación a una subrogada	Donación a otras parejas	Destrucción
<i>In re Marriage of Witten</i> (Iowa, 2003)	Disposición centro	Implantación a una subrogada	Prohibición uso	Mantenimiento indefinido
<i>Roman v. Roman</i> (Texas, 2006)	Destrucción	Implantación a la mujer	Destrucción	Destrucción
<i>Dahl v. Angle</i> (Oregon, 2008)	Disposición mujer	Destrucción	Donación	Destrucción
<i>Karmasu v. Karmasu</i> (Ohio, 2009)	Disposición Centro	Ejecución acuerdo previo	“Custodia”	Disposición centro
<i>In re Marriage of Nash</i> (Washington, ‘09)	Disposición tribunales	Destrucción	Implantación a una subrogada	Disposición tribunales

Caso	Legislación aplicable	Pretensión ♀	Pretensión ♂	Decisión tribunal
<i>Nahmani v. Nahmani</i> (Israel, 1996)	Necesidad CI continuado y bilateral hasta la implantación	Implantación a subrogada	No implantación	Falta alternativas y mayor inversión de la mujer, expectativas creadas y valores familiares judíos
<i>Hadley v. Hadley</i> (Reino Unido, 2003)	Posibilidad revocación unilateral CI antes de la implantación	Implantación a la mujer	Destrucción	<i>Human Fertilization and Embryology Act</i> (1990)
<i>Evans v. The U.K.</i> (TEDH, 2007)	Ídem <i>Hadley</i>	Implantación a la mujer	Destrucción	Ídem <i>Hadley</i>
<i>Roche v. Roche</i> (Irlanda, 2009)	Inexistente	Implantación a la mujer	No implantación	Falta acuerdo y cambio de circunstancias
<i>P., A. v. S., A.C.</i> (Argentina, 2011)	Inexistente*	Implantación a la mujer	Donación a otras parejas	Estatus del embrión y expectativas creadas

* El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012) contempla la posibilidad de revocar el consentimiento a las TRA «mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella» (art. 560). En coherencia, el artículo 19 del mismo texto dispone que en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona humana «comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado».

Aunque el número de litigios de que hay constancia, un total de quince, es poco significativo para poder extraer conclusiones definitivas, de su análisis se desprenden una serie de patrones más o menos comunes:

1) En primer lugar, los tribunales acostumbran a otorgar preferencia a la voluntad de la parte que se opone a la implantación (11). Si existe acuerdo previo, hacen depender su validez del tipo de disposición que contiene, de modo que sólo lo considerarán vinculante si no prevé la utilización de los preembriones con fines reproductivos (12). Esta tendencia contraria a la ejecución del acuerdo se alinea con la mantenida inicialmente en relación con los acuerdos de gestación por sustitución entre la mujer gestante y la persona o pareja comitente, otro grupo de casos en que los tribunales norteamericanos han invalidado algunos de estos acuerdos basados en razones de *public policy* o «interés público» (13). Sin embargo, los efectos del mal llamado «turismo reproductivo» han motivado que en los últimos tiempos muchos ordenamientos se hayan visto obligados a dar una respuesta legal a esta realidad y que los organismos internacionales formulen propuestas de solución uniformes (14).

(11) *Davis v. Davis*, cit., A. Z. v. B. Z. [725 N. E.2d 1052 (Mass. 2000)], *J. B. v. M. B.* [783 A.2d 707 (N. J. 2001)], *In re the Marriage of Litowitz v. Litowitz* [48 P.3d 261 (Wash. 2002)], *Roman v. Roman* [193 S. W.3d 40 (Tex. App. 2006)], *Hadley v. Hadley*, cit., *Evans v. The United Kingdom*, cit. y *Roche v. Roche*, cit.

(12) *Kass v. Kass*, cit., *In the Matter of the marriage of Laura Lee Dahl and Darrell Lee Angle* [194 P.3d 834 (Or. App. 2008)] y *Karmasu v. Karmasu* [(Ohio App. 5 Dist.), 2009 –Ohio– 5252].

(13) En EE.UU. el desarrollo de las TRA y la consiguiente generalización del acceso a las mismas provocó un aumento del recurso a la subrogación gestacional o parcial. Por contraposición a la tradicional o plena, en la subrogación gestacional las condiciones de gestante y madre genética no coinciden en una misma mujer. A pesar de los mayores costes que conllevan, los acuerdos de subrogación gestacional han recibido una respuesta favorable en algunas jurisdicciones norteamericanas a partir de los casos *Johnson v. Calvert* [851 P.2d 776 (1993)] e *In Re Marriage of Buzzanca* [72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 4th 1998)]. Por el contrario, desde el precedente *In Re Baby M* [537 a.2d 1227 (N. J. 1988)] los tribunales se muestran reacios a ejecutar los acuerdos en que la gestante, también madre genética, se opone a entregar el bebé a la pareja comitente [vid. *In re Marriage of Moschetta*, 25 Cal. App.4th 1218 (1994)].

Los autores norteamericanos se hallan divididos entre los favorables a ejecutar estos acuerdos y los contrarios a los mismos. Entre los primeros, son pioneras las tesis de SHULTZ, quien considera que la invalidación de los acuerdos de gestación por sustitución exalta las experiencias del embarazo y del nacimiento por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres: vid. SHULTZ, M. M., «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: an Opportunity for Gender Neutrality», 1990, *Wis. L. Rev.* 297, pp. 381 y ss. En este sentido, vid. también COLEMAN, M., «Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction», 17 *Cardozo L. Rev.* 497, 1996; y DOLGIN, J. L., *Defining the Family. Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York and London, New York University Press, 1997, pp. 181 y ss. Por el contrario, son muchos los autores contrarios a la ejecución de estos acuerdos, ya que los consideran objetificadores y no neutros desde el punto de vista de género. Para estos autores, la mujer que con anterioridad al nacimiento renuncia al hijo a favor de otra mujer que no lo ha gestado, nunca puede llevar a cabo una decisión totalmente voluntaria e informada. RADIN, entre otros, también aporta argumentos basados en los prejuicios de raza y clase para sugerir que en el sistema actual los acuerdos de gestación por sustitución son difícilmente distinguibles de la «venta de bebés»: vid. RADIN, M., «Market-Inalienability», 100 *Harvard Law Review* 1849, 1987; y «Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)», 65 *Southern California Law Review* 341, 1991, pp. 352 y ss.

(14) Al respecto, son de obligada consulta los recientes trabajos de TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (Eds.), *International Surrogacy Arrangements*, Hart, Oxford, 2013; y LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, UB, Barcelona, 2013.

2) En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la resolución judicial de estos conflictos presenta claras implicaciones de género, ya que en la mayoría de casos es el hombre quien se opone a la pretensión de la mujer de que los preembriones sean utilizados con fines reproductivos, ya por ella misma, ya por una gestante en los ordenamientos que otorgan eficacia a los acuerdos de gestación por sustitución, o bien a través de la donación a otras parejas infértiles (15). En todos estos casos, a excepción del israelí y el argentino (16), los tribunales siempre han estimado la pretensión de la parte contraria a la implantación, que acostumbra a ser el hombre.

3) En tercer lugar, las diferentes aproximaciones a un mismo conflicto por diversos tribunales ponen de manifiesto la dicotomía existente entre, por un lado, un análisis casuístico, basado en la ponderación de los derechos enfrentados y en el recurso al «interés público» y, por el otro, un análisis positivo o formalista, basado en la aplicación estricta y taxativa de la ley. El recurso a una metodología u otra permite trazar una línea divisoria clara entre los ordenamientos «cuasi-desregulados», entre los que sobresalen los norteamericanos, y los que por el contrario regulan las TRA, destacadamente los europeos (17). Ahora bien, a pesar de la heterogeneidad de los métodos utilizados, las soluciones se caracterizan por su uniformidad ya que, como se ha constatado, los tribunales casi siempre han decidido a favor de la parte contraria a la implantación.

V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1. LOS ACUERDOS PREVIOS SOBRE LA DISPOSICIÓN DE LOS PREEMBRIONES

Tanto las soluciones basadas en el discurso de derechos, como las basadas en la aplicación estricta del derecho positivo resultan contraindicadas para resolver los conflictos sobre la disposición de los preembriones que pueden surgir tras la ruptura del proyecto parental en el marco del cual fueron creados.

Las soluciones basadas en la ponderación de los derechos enfrentados una vez ha surgido el conflicto son incoherentes con el contexto que rodea el acceso a las TRA por dos personas adultas, que se caracteriza por su interés en delimitar sus derechos y obligaciones desde el mismo momento de la prestación del consentimiento. Argumentos adicionales permiten rechazar definitivamente el recurso al discurso de derechos en este contexto: en primer lugar, el derecho a no ser forzado

(15) *Davis v. Davis*, cit., *Kass v. Kass* (673 N. Y. S.2d 350, N. Y. 1998), *A. Z. v. B. Z.*, cit., *J. B. v. M. B.*, cit., *In re Marriage of Witten* [672 N. W.2d 768 (Iowa 2003)], *Roman v. Roman*, cit., *Hadley v. Hadley*, cit., *Evans v. The United Kingdom*, cit. y *Roche v. Roche*, cit.

(16) *Nahmani v. Nahmani*, cit., y *P. A v. S. A. C.*, cit.

(17) ALKORTA, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003; «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)», *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89; y «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)», *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.

a procrear tiene su origen en un grupo de casos en materia de anticoncepción y aborto y, por tanto, no es un recurso adecuado para dar respuesta a conflictos que enfrentan a dos particulares fuera del contexto de la reproducción sexual, en tanto que el carácter extracorpóreo de los preembriones reduce la asimetría existente entre los intereses de las partes en relación a sus gametos ya fertilizados; en segundo lugar, el discurso de derechos tampoco parece un modelo apropiado si tenemos en cuenta que la decisión de ser padre o madre y la de no serlo no son magnitudes comparables, dado que pertenecen a la intimidad personal y, por tanto, cada individuo las valora de acuerdo con sus propias preferencias e intereses (18). El recurso al lenguaje de derechos resulta especialmente ambivalente cuando, como sucede en este grupo de casos, los argumentos de la parte que quiere tener hijos y los de la que se opone a ello se basan en el significado de la genética en la filiación. En este sentido, resulta ejemplificativo que en algunos de los casos resueltos las mujeres pretendían ser madres asegurando que eximirían a sus ex parejas de cualquier obligación legal respecto del niño que pudiera nacer, lo que resultaba irrelevante para los hombres, que se oponían a la implantación de los preembriones porque simplemente querían evitar un vínculo genético (19).

Aunque la previsión de una solución legislativa ofrece mayor seguridad jurídica frente a soluciones casuísticas basadas en el discurso de derechos, la aplicación de reglas claras siempre otorga poder de veto a una parte sobre la otra y exige, además, determinar previamente el momento a partir del cual el consentimiento a la FIV debe ser irrevocable, lo que resulta una cuestión difícil que se vincula a la categorización del preembrión que defienda cada ordenamiento jurídico.

En un contexto en el que resulta controvertido determinar por qué la paternidad o la maternidad forzosa es más perjudicial que la pérdida de oportunidad de tener un hijo genético, los acuerdos previos se configuran como los instrumentos idóneos para dar respuesta a los conflictos que puedan surgir. A diferencia de cualquier solución judicial o legislativa, los acuerdos previos permiten otorgar eficacia a la opción que consensuaron y consintieron dos personas adultas en un momento determinado. Para los máximos exponentes de las teorías contractualistas en el ámbito de la reproducción asistida, los especialistas en derecho y bioética de las Universidades de Texas y Harvard, John Robertson y Glenn Cohen, las posibles injusticias de ejecutar estos acuerdos una vez ha tenido lugar un cambio de circunstancias son, en cualquier caso, inferiores a las ventajas de seguridad jurídica que los mismos proporcionan (20). El

(18) STRASSER, M. P., «You Take the Embryos but I Get the House (and the Business): Recent Trends in Awards Involving Embryos Upon Divorce», 57 *Buff. L. Rev.* 1159, 2009, p. 1224; DRAPER, H., «Gametes, consent and points of no return», *Human Fertility*, 10(2): 105-109, 2007, p. 105; BOMHOFF, J. & ZUCCA, L., «The Tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, Evans v. the United Kingdom, Fourth Section Judgement of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review*, 3(2): 424-442, 2006, en pp. 430 y ss.; PRIAULX, N., «Rethinking progenerative conflict: Why reproductive autonomy matters», *Medical Law Review*, 16, 2008, pp. 169-200, en pp. 188 y ss.; DOLGIN, J., «The “intent” of reproduction: reproductive technologies and the parent-child bond», 26 *Connecticut Law Review* 1261, 1994, pp. 1275-1280; SCHUZ, R., «The right to parenthood: surrogacy and frozen embryos», en BAINHAM, A. (Ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998, pp. 237-256, en p. 244.

(19) Así sucedía, por ejemplo, en *Hadley y Evans*, los dos casos británicos ya citados.

(20) *Vid.* ROBERTSON, J.: «Precommitment Issues in Bioethics» («Symposium: Precommitment Theory in Bioethics and Constitutional Law: Introduction»), 81 *Tex. L. Rev.* 1849, 2003,

recurso al interés público para no ejecutar determinados acuerdos que pueden afectar las relaciones familiares no puede esperar respecto de los que tienen por objeto la disposición de embriones. A diferencia de los acuerdos de gestación por sustitución, en los que aquí nos ocupan el conflicto surge cuando la gestación todavía no se ha iniciado, por lo que los posibles cambios de opinión de una parte no merecen la misma protección que en los acuerdos gestacionales. El carácter extracorpóreo de los embriones en el momento de celebración del acuerdo iguala, en principio, las pretensiones de las partes e impide que cualquiera de ellas pueda oponerse a su ejecución una vez surge la contingencia prevista, aludiendo a la presunta naturaleza transformadora de un vínculo gestacional todavía inexistente. La posible influencia de las emociones y, por tanto, de los cambios de opinión respecto del momento de la firma de los acuerdos previos sobre la disposición de los embriones no es relevante para considerarlos nulos «per se», sino que tan sólo es un aspecto más que el legislador deberá tener en cuenta a fin de garantizar que las partes que acceden a las técnicas prestaron un verdadero CI.

2. GARANTÍAS DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS ACUERDOS PREVIOS

El carácter vinculante de los acuerdos sobre la disposición de los preembriones, con independencia de que la voluntad de las partes difiera una vez sobrevenida la ruptura, sólo podrá garantizarse si existe la certeza de que en el momento de formalizarlos se observaron una serie de cautelas.

A diferencia de las decisiones individuales que tienen lugar en el ámbito de los tratamientos médicos en general o de las voluntades anticipadas, los acuerdos sobre el destino de los preembriones pueden verse como promesas recíprocas entre las partes, basadas en la confianza generada por la relación existente entre ellas (21). El riesgo que «ex post» una parte lamenta su decisión previa es inherente a todo contrato y nada obliga, de entrada, a las personas que no lo desean a celebrarlo. Por ello, la posible influencia de las emociones en el momento de firmar estos acuerdos no implica que deban ser considerados ineficaces «per se», sino que es tan sólo un aspecto más que el legislador deberá tener en cuenta para garantizar el carácter realmente informado del consentimiento al acuerdo sobre los preembriones y a la técnica concreta que deba llevarse a cabo (22).

Circunstancias como las del caso británico *Evans* aún hacen más evidente la necesidad de que los ordenamientos garanticen un verdadero CI en el contexto del acceso a las TRA. En el caso, la pareja formada por Natallie Evans y Howard Johnston crioconservó varios preembriones creados con esperma del hombre y los últimos óvulos de la mujer, a quien le había sido diagnosticado un cáncer de ovarios

pp. 1038-1039; «Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos», 51 *Ohio St. L. J.* 407, 1990, pp. 415 y ss.; y COHEN, I. G.: «The Constitution and the rights not to procreate», 60 *Stanford Law Review* 1135, 2008, pp. 1192-1193; «The Right Not to Be a Genetic Parent?», *Harvard Public Law Working Paper* No. 08-31, pp. 101-184, en pp. 170-171.

(21) PENNINGS, G., «The validity of contracts to dispose of frozen embryos», *J. Med. Ethics* 2002, 28: 295-298, en pp. 297-298.

(22) *Vid.* STRASSER, cit., p. 1224; y COHEN, «The Constitution...», cit., p. 1181.

que requería su extirpación inmediata. Seis meses después el Sr. Johnston puso fin a la relación y, acogiéndose a la *Human Fertilization and Embriology Act* (1990) –la ley británica aplicable en el momento de los hechos, que permitía a cada parte revocar su consentimiento a la FIV en cualquier momento previo a la implantación de los preembriones–, solicitó al centro su destrucción (23). En respuesta, la Sra. Evans demandó judicialmente la prórroga de la crioconservación. Las diferentes instancias judiciales británicas, a partir de una interpretación literal de la legislación aplicable, desestimaron su pretensión. La sec. 4.^a y después la Gran Sala del TEDH también desestimaron sus recursos al considerar que el respeto del derecho a la vida privada que reconoce el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 comprende tanto la decisión de tener un hijo, como la de no tenerlo, por lo que el Tribunal consideró que la ley británica no superaba el margen de apreciación que permite el apartado 2.^o del mencionado artículo 8. En consecuencia, los preembriones debían ser destruidos. Así, pese a la empatía manifestada hacia la recurrente, el TEDH consideró decisivo que la Sra. Evans *sabía* que los preembriones constituían su última oportunidad de tener un hijo genético y, pese a ello, consintió a la FIV en los términos de la Ley británica, que permitía a cada parte revocar su consentimiento en cualquier momento previo a la implantación.

Desde mi punto de vista, el razonamiento seguido en el caso por las sucesivas instancias judiciales es ciertamente cuestionable pues, de acuerdo con los hechos probados, en un espacio temporal de aproximadamente hora y media la Sra. Evans consintió a la técnica en los términos de la Ley británica y fue informada de la enfermedad grave que sufría, de la operación urgente que requería y del hecho que los preembriones creados con sus últimos óvulos no le podrían ser implantados hasta dos años después de la operación, cuando ya se encontrara plenamente recuperada. A la calificación de *Evans* de «dilema», «caso difícil» o «conflicto irresoluble» (24) contribuye la evidencia de que la propia recurrente preguntó al personal del centro si era posible la crioconservación de óvulos, a lo que el personal respondió que dada su baja tasa de éxito y su carácter experimental todavía no se llevaba a cabo allí. Además, en este momento el Sr. Johnston le aseguró que podría utilizar los preembriones bajo cualquier circunstancia. Las partes no recibieron asesoramiento por separado, ni pudieron estar solas en ningún momento para discutir sus opciones.

La formalización de los acuerdos sobre la disposición de los preembriones en el mismo acto y en el mismo documento de CI a la FIV, en la práctica se traduce en un exceso de información que permite cuestionar la existencia de un verdadero CI. Un caso paradigmático es *Roman v. Roman* (cit.), de cuyos hechos probados se desprende que en un mismo documento de CI a la FIV con preembriones crioconservados las partes autorizaron un total de nueve actos distintos.

El carácter deficiente de la información suministrada en el contexto de la reproducción asistida ha sido objeto de críticas severas, ya que dificulta la prestación de un verdadero consentimiento y equipara los acuerdos sobre los preembriones entre

(23) El Anexo 3 de la HFEA (1990) exigía, para que pudiera ser posible la implantación, que ambas partes del proyecto parental mantuvieran su consentimiento durante todas las fases del tratamiento. En la línea de dicha ley, la reforma introducida por la vigente HFEA (2008) mantiene el citado Anexo, con lo que se reconoce a ambas partes la posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación de los preembriones.

(24) De «dilema» lo calificaron los jueces de la minoría disidente de la sec. 4.^a del TEDH, Traja y Mijović. *Vid.* también BOMHOFF & ZUCCA, cit., pp. 424-442; y PRIAULX, cit., p. 171.

las partes con directivas anticipadas unilaterales que, como tales, son revocables (25). Con el fin de evitar estos efectos, los ordenamientos deberían velar para que el proceso de formación del consentimiento a las técnicas observara unas garantías mínimas que aseguraran que las partes conocen las verdaderas implicaciones de los actos que consienten, por un lado, y de los acuerdos que alcanzan, por el otro (26). Por su distinto contenido y efectos, la primera garantía debería consistir en otorgar autonomía formal y temporal a ambos actos, a lo que podría contribuir la exigencia legal de períodos mínimos de reflexión tanto antes de la prestación del CI a la FIV, como de la firma de los acuerdos sobre los preembriones. Una vez observadas dichas cautelas puede afirmarse que estos acuerdos generan una serie de expectativas que, en circunstancias normales, justifican su irrevocabilidad.

En mi opinión, resulta paternalista afirmar que la aparición de una circunstancia sobrevenida invalida el acuerdo cuando la nueva circunstancia es precisamente la que las partes contemplaron en previsión de su ejecución. Así, por ejemplo, si la circunstancia prevista para destinar los preembriones a un fin determinado es la ruptura de la pareja, cuando ésta se produce ninguna de las partes debería poder oponerse a destinar los preembriones al fin previsto. De lo contrario, cualquier cambio caprichoso de opinión permitiría invalidar el acuerdo previo.

En cambio, si mientras los preembriones permanecen criopreservados tiene lugar una modificación sustancial de circunstancias, imprevista y razonablemente imprevisible para las partes cuando lo celebraron, como por ejemplo la pérdida definitiva y sobrevenida de la capacidad de una parte para tener hijos genéticos, el acuerdo no debería ejecutarse. Es objetivamente previsible y, por tanto, no invalidaría el acuerdo, la infertilidad derivada del paso del tiempo. No lo es, sin embargo, la que puede derivar de ciertas enfermedades sobrevenidas y graves o de los tratamientos seguidos para combatir las, como la quimioterapia o la radioterapia.

3. REGLAS APLICABLES EN AUSENCIA DE ACUERDO

La propuesta debe cerrarse dando una respuesta normativa a los casos en que las partes no formalizaron un acuerdo previo sobre la disposición de los preembriones, ya por falta de consenso, ya por desinterés o desinformación (27).

A pesar de que, como ya he dicho, en estos conflictos el recurso a reglas claras tenderá inevitablemente a favorecer más el interés de una parte, mediante la garantía de CI al menos existe la certeza de que ambas partes aceptaron la solución prevista en las reglas de defecto cuando prestaron su CI al proceso y no optaron por un acuerdo alternativo. Asimismo, una respuesta normativa otorga la seguridad jurídica que no proporciona la resolución caso a caso. Dada la generalización del acceso

(25) WALDMAN, E., «Disputing over Embryos: Of Contracts and Consents», 32 *Arizona State Law Journal* 897, 2000, pp. 900-901 y 932; DAAR, J., «Frozen embryo disputes revisited: a trilogy of procreation avoidance approaches», 29 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 197, 2001, p. 201.

(26) Ésta y las propuestas que siguen se desarrollan en el último capítulo de mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida*, cit., pp. 238 y ss.

(27) En España se calcula que entre un 10% y un 40% de las parejas se desentienden de los preembriones criopreservados: FERRADO, Mónica L., «Decenas de miles de embriones congelados esperan su destino», *El País*, 22.4.2011: http://elpais.com/diario/2011/04/22/sociedad/1303423203_850215.html

a las TRA –y muy en particular a la FIV–, la cada vez mayor acumulación de preembriones crioconservados en los centros y las elevadas tasas de divorcio, es muy probable que en un futuro estos conflictos no sean casos aislados. Ello justificaría la previsión normativa (28).

En estas circunstancias, ¿cuál debería ser la norma de defecto a la hora de prever un destino para los posibles preembriones sobrantes? En un primer momento, la destrucción se intuye como la regla menos controvertida. Esta es la solución que prevén, en último término, algunas de las legislaciones más liberales en materia de TRA, como la española o la británica (29).

No obstante, casos como *Evans* ponen ampliamente de relieve las últimas consecuencias a que puede conducir una norma basada en la destrucción cuando el CI de las partes no puede calificarse de «informado». Además, las normas basadas en la destrucción son reglas ciegas, ya que prescinden de extremos relevantes, como si producida la ruptura una parte pretende utilizar los preembriones con fines reproductivos y la otra simplemente se opone pero no los pretende utilizar; ni tampoco toman en consideración las circunstancias concretas que pueden afectar a las partes en este momento. Factores como los descritos en *Evans* aconsejan que la norma a aplicar en ausencia de acuerdo pueda favorecer el interés de la parte que desea la implantación. En caso de que ambas persigan este mismo fin, por las razones que expongo a continuación, el conflicto deberá resolverse de acuerdo con la regla de la última oportunidad de tener un hijo genético, ya insinuada por algunos tribunales.

A juzgar por los casos planteados hasta la fecha, los preembriones crioconservados durante la relación no acostumbra a ser fuente de conflicto a su ruptura. Ahora bien, de acuerdo con los casos resueltos el conflicto parece inminente cuan-

(28) Sólo en 2003 ya había en los centros norteamericanos casi 400.000 preembriones, lo que representaba una tasa de acumulación anual del 18,8%: RAND LAW AND HEALTH, *How Many Frozen Human Embryos are Available for Research?*, 2003. Pese a la falta de registros oficiales, en países como España también se aprecia la misma tendencia al alza. En Cataluña, la única comunidad con un registro, de acuerdo con los últimos datos disponibles del FIVCAT. NET, hechos públicos el 22.1.2014 («Estadística de la Reproducción Humana Asistida a Catalunya»), en 2011 ya había 100.285 preembriones crioconservados, frente a los 85.367 de 2010. Un 23,2% de estos más de cien mil preembriones llevaban más de cinco años almacenados. El número de preembriones crioconservados en 2011, 32.622, representa un claro incremento frente a los 30.074 crioconservados en 2010 y los 24.524 de 2009.

Por lo que respecta a las tasas de divorcio, en 2009 se estimaba que se producían alrededor de 2 y 9 divorcios por cada mil habitantes en la UE y en EE.UU., respectivamente: los datos se han extraído de las webs del EUROSTAT y del *U. S. Census Bureau*.

(29) Entre los posibles destinos de los preembriones crioconservados, así como del semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, la ya citada letra d) del artículo 11.4 de la LTRHA prevé «El cese de su conservación sin otra utilización», y advierte que «En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores». El plazo máximo a que alude el precepto es el contemplado en el apartado 3.º *in fine* del mismo artículo, según el cual «La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida».

Por su parte, la cláusula 3.7 de la *Human Fertilization and Embryology Act* (2008) también contempla la destrucción del embrión como su destino último cuando una parte revoca su consentimiento a la implantación.

do para una de las partes los preembriones constituyen la última oportunidad de tener un hijo genético, como sucedió en *Evans* por las circunstancias por todos conocidas, o en otros casos por la edad de la mujer (30). Por razones biológicas, a las que en la actualidad se le suman factores sociales, esta última circunstancia resulta decisiva para las mujeres (31).

Si tenemos en cuenta, además, que la gestación corresponde a las mujeres en exclusiva y que en caso de ruptura de la pareja son las mujeres las que solicitan con más frecuencia la disposición de los preembriones, es coherente que éstas sean las principales beneficiarias de las normas que, en ausencia de acuerdo, favorecen a la parte que solicita la implantación. Las teorías feministas de la «sweat equity» justifican el efecto más favorable que en principio tienen estas normas sobre las mujeres porque la crioconservación de óvulos y de tejido ovárico, aún en fase experimental, es mucho más costosa que la de esperma; y porque las inversiones específicas de las mujeres durante todo el proceso de FIV son mayores que las de los hombres, en especial en términos físicos y psicológicos (32).

Otro argumento a favor de las normas que en caso de conflicto benefician a la parte que solicita la implantación es su carácter neutro, que se manifiesta desde la doble perspectiva de género y genética. Desde la perspectiva de género, estas normas no impiden a los hombres disponer de los preembriones en el caso hipotético de que los soliciten para implantación a su nueva pareja o a una gestante si su ordenamiento lo permite, y siempre que su ex pareja no pretenda utilizarlos con fines reproductivos, o bien cuando representen la última oportunidad del hombre de tener un hijo genético. Desde la perspectiva genética, la neutralidad de la norma se manifiesta porque, en coherencia con los criterios basados en la voluntad, decisivos en el contexto de la reproducción asistida, lo relevante para poder disponer de los preembriones es haber participado del proyecto parental de su creación, con independencia de la contribución genética. Ahora bien, si sólo una de las partes aportó sus gametos y tras la ruptura ambas solicitan la disposición de los preembriones con fines reproductivos, éstos deberán ser atribuidos a la parte que mantiene una conexión genética con los mismos. Este debería ser el único supuesto en el que, en

(30) Este parecía ser también el caso en los ya citados *Davis v. Davis*, *Roman v. Roman* y *Nahmani v. Nahmani*.

(31) La fertilidad de las mujeres disminuye antes y de forma mucho más acusada que en los hombres con el paso del tiempo y, en especial, a partir de los 35 años. En los países desarrollados, el retraso de la maternidad, que permite configurar la «infertilidad social» como una nueva causa de infertilidad, ha aumentado los efectos negativos de esta circunstancia sobre la fertilidad femenina. El retraso de la maternidad deriva, principalmente, de la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral y de la difusión de los métodos anticonceptivos: *vid.* HARDY, E., MAKUCH, M. Y., «Gender, infertility and ART», en VAYENA, E.; ROWE, P.; and GRIFFIN, P. D. (Eds.), *Current practices and Controversies in Assisted Reproduction (Report of a meeting on «Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction» held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17-21 September 2001)*, WHO, Geneva, 2002, pp. 1-404, en p. 272. Para el impacto de estos factores en España, *vid.* el trabajo de ALKORTA, I., «Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida», *Derecho y Salud*, Vol. 11, n.º 2, 2003, pp. 165-178, en pp. 169, 171-172; y su artículo «Donación de óvulos», *El País*, 28.3.2006: http://elpais.com/diario/2006/03/28/salud/1143496804_850215.html

(32) Por todos, WALDMAN, E.; HERALD M., «Eyes wide shut: erasing women's experiences from the clinic to the courtroom», 28 *Harvard Journal of Law & Gender* 285, 2005.

ausencia de acuerdo, la genética resulte decisiva para decidir la atribución de los preembriones.

Supletoriamente, los ordenamientos deben prever un destino alternativo para los preembriones, para el caso que las partes no lo hayan hecho y se desentiendan de los mismos, o bien mantengan intereses contrapuestos al respecto pero ninguna los pretenda utilizar con fines reproductivos. En último término, la opción por un destino u otro dependerá del estatus del embrión que mantenga cada ordenamiento y, por tanto, podrá consistir en la destrucción; la donación con fines de investigación o a otras parejas; o bien en el mantenimiento indefinido de la crioconservación.

4. CONSECUENCIAS DE LA IMPLANTACIÓN EN MATERIA DE FILIACIÓN

La propuesta formulada se cierra con el análisis de los efectos que en materia de filiación puede desplegar la implantación de los preembriones una vez producida la ruptura del proyecto parental. Si éstos acaban siendo implantados, imponer un vínculo jurídico de filiación a la parte que se oponía a ello sería contrario a la propia dinámica de la reproducción asistida, que precisamente permite a las partes escoger cuándo y en qué circunstancias quieren ser padres. Sin embargo, a falta de una previsión expresa en sentido contrario, este vínculo podría nacer si la mujer que lograra que los preembriones le fueran implantados tras la ruptura iniciara después, como representante legal del nacido, una acción de reclamación de la filiación paterna –que también podría ejercer el hijo durante toda su vida (art. 130-133 CC)– contra el hombre que aportó el esperma para que dichos preembriones pudieran ser creados. Asimismo, si el hijo naciera dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio o a su separación legal o de hecho, como consecuencia de la implantación de los preembriones creados durante la convivencia matrimonial pero transferidos justo después de la ruptura, excepcionalmente podría operar la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 CC) respecto del marido de la madre, presunción que no podría ser desvirtuada si el hombre fuera el padre genético.

Los argumentos de los ordenamientos que, como el español, permiten determinar la filiación derivada de la fecundación «post mortem» por implantación de los preembriones en un determinado plazo tras la muerte del marido u hombre no casado con la madre (33) carecen de sentido cuando dicho proyecto se rompe por separación o divorcio (34), por lo que los ordenamientos deberían contener una previsión expresa para estos casos. Un ejemplo de previsión en tal sentido lo aportan los estatutos norteamericanos de Texas (§160.706 *Tex. Fam. Code Ann.*), Washington (§26.26.725 *Wash. Rev. Code Ann.*), Colorado [§19-4-106(7) *Colo. Rev. Stat.*] y Dakota del Norte (§14-20-64 del *N. D. Cent. Code*), que desde 2007 prevén expresamente que la implantación de los preembriones tras la ruptura no desplegará

(33) Doce meses, de acuerdo con el artículo 9.2 de la LTRHA. Al mismo período se refiere la legislación catalana aludiendo a un plazo de 270 días, susceptible de prórroga por justa causa por un plazo adicional de 90 días (art. 235-8.2.º y 235-13.2.º CCCat).

(34) O, en términos más gráficos, «pocas personas quieren tener hijos con un ex esposo»: DULLEA BOWIE, W., «Multiplication and division – new math for the courts: new reproductive technologies create potential legal time bombs», 95 *Dickinson Law Review* 155, 1990, p. 180.

efecto jurídico alguno hacia la parte que se oponía a ello. Se trata, en definitiva, de otorgar a esta parte la misma consideración legal que recibe el donante de gametos en algunos ordenamientos, a pesar de que no se trata propiamente de un donante, ni mucho menos es anónimo. Dicha consideración es coherente con la línea jurisprudencial del TEDH que sitúa el derecho a conocer los orígenes dentro del derecho a la intimidad (entre los más recientes, *Jäggi v. Switzerland*, sec. 3.^a 13.7.2006; y *Backlund v. Finland*, sec. 4.^a 6.7.2010) y tiende hacia una desvinculación cada vez mayor entre las esferas genética, social o psicológica y jurídica de la filiación (35). En esta línea se orientan decisiones judiciales recientes, tanto a nivel interno (36) como internacional (37).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)», *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.
 - «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)», *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89.
 - «Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida», *Derecho y Salud*, Vol. 11, n.º 2, 2003, pp. 165-178.
- BOMHOFF, J. & ZUCCA, L., «The Tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, *Evans v. the United Kingdom*, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review*, 3 (2): 424-442, 2006.

(35) *Vid.*, respecto del caso español, FERRER RIBA, J., «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya* 3-2006, pp. 109-136.

(36) La STS, 1.^a, 20.11.2013 (RJ 7824), dadas las circunstancias especialmente graves del caso acaba concediendo la guarda y custodia de una menor a quien fue considerado su padre hasta que el mismo impugnó con éxito su paternidad: «(...) en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza de que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente (...). El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (...) Y es lo cierto que tal menor ha permanecido con el recurrente largo tiempo, (...)» (FJ 3.^o).

(37) En el caso *Anayo v. Germany* (sec. 5.^a, 21.10.2010) el TEDH reconoció la respectiva relevancia a la filiación jurídica, por un lado, y a la biológica, por el otro, al garantizar a un hombre relaciones personales con sus hijos biológicos, pese a que conforme con el derecho alemán no podía establecerse un vínculo legal de filiación entre ellos, puesto que los menores ya convivían con la madre y con el marido de ésta y padre legal de los niños. En el caso, las autoridades alemanas habían impedido al recurrente mantener dichas relaciones con sus hijos biológicos, unos mellizos nacidos justo después de que finalizara su relación afectiva con la madre. En este momento la madre regresó con su marido y padre de sus otros tres hijos, quien fue considerado padre de los mellizos por el juego de la presunción de paternidad matrimonial que también contempla el derecho alemán (sec. §1592 BGB). En su decisión, el TEDH tuvo especialmente en cuenta los esfuerzos llevados a cabo por el recurrente antes y después del nacimiento para establecer contacto con los menores, así como el interés superior de éstos (§§67-71).

- COHEN, I. G., «The Constitution and the rights not to procreate», 60 *Stanford Law Review* 1135, 2008.
- «The Right Not to Be a Genetic Parent?», *Harvard Public Law Working Paper*, No. 08-31, 2008, pp. 101-184.
- COLEMAN, M., «Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction», 17 *Cardozo L. Rev.* 497, 1996.
- DAAR, J., «Frozen embryo disputes revisited: a trilogy of procreation avoidance approaches», 29 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 197, 2001.
- DOLGIN, J. L., *Defining the Family. Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York and London, New York University Press, 1997.
- «The “intent” of reproduction: reproductive technologies and the parent-child bond», 26 *Connecticut Law Review* 1261, 1994.
- DRAPER, H., «Gametes, consent and points of no return», *Human Fertility*, 10(2): 105-109, 2007.
- DULLEA BOWIE, W., «Multiplication and division – new math for the courts: new reproductive technologies create potential legal time bombs», 95 *Dickinson Law Review* 15, 1990.
- FERRER RIBA, J., «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya* 3-2006, pp. 109-136.
- FIVCAT. NET, *Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya*, 2011 (disponible en la web del *Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya*: www.gencat.cat).
- HARDY, E., MAKUCH, M. Y., «Gender, infertility and ART», en VAYENA, E.; ROWE, P.; and GRIFFIN, P. D. (Eds.), *Current practices and Controversies in Assisted Reproduction (Report of a meeting on «Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction» held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17-21 September 2001)*, WHO, Geneva, 2002, pp. 1-404.
- LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, UB, Barcelona, 2013.
- PENNINGS, G., «The validity of contracts to dispose of frozen embryos», *J. Med. Ethics* 2002, 28: 295-298.
- PRIAULX, N., «Rethinking progenerative conflict: Why reproductive autonomy matters», *Medical Law Review*, 16, 2008, pp. 169-200.
- RADIN, M., «Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)», 65 *Southern California Law Review* 341, 1991.
- «Market-Inalienability», 100 *Harvard Law Review* 1849, 1987.
- RAND LAW AND HEALTH, *How Many Frozen Human Embryos are Available for Research?*, 2003: http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9038.html
- ROBERTSON, J., «Precommitment Issues in Bioethics» («Symposium: Precommitment Theory in Bioethics and Constitutional Law: Introduction»), 81 *Tex. L. Rev.* 1849, 2003.
- «Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos», 51 *Ohio St. L. J.* 407, 1990.
- SCHUZ, R., «The right to parenthood: surrogacy and frozen embryos», en BAINHAM, A. (Ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998, pp. 237-256.
- SHULTZ, M. M., «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: an Opportunity for Gender Neutrality», 1990, *Wis. L. Rev.* 297.

- STEPTOE, P. C.; EDWARDS, R. G., «Birth after the reimplantation of a human embryo», *The Lancet* Vol. 312(8085), 1978, p. 366.
- STRASSER, M. P., «You Take the Embryos but I Get the House (and the Business): Recent Trends in Awards Involving Embryos Upon Divorce», *57 Buff. L. Rev.* 1159, 2009.
- TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (Eds.), *International Surrogacy Arrangements*, Hart, Oxford, 2013.
- VEIGA, A., *El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.
- WALDMAN, E., «Disputing over Embryos: Of Contracts and Consents», *32 Arizona State Law Journal* 897, 2000.
- WALDMAN, E.; HERALD M., «Eyes wide shut: erasing women's experiences from the clinic to the courtroom», *28 Harvard Journal of Law & Gender* 285, 2005.

